دار السعاده آغاسی قوللرندن خلیل افندی قوللرینک



قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع وأفاد وتعلم وأنا رحمه الله تعالى حرره يوم السابع الفقير أحمد شيخ زاده المفتش بأوقاف الحرمين الشريفين غفر لهما



بسم الله الرحمن الرحيم رب تمم بالخير

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه، وأظهر شعائر الشرع وأحكامه، وبعث رسلا
وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين إلى سبل الحق هادين، وأخلفهم علماء إلى
سنن سننهم داعين، يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد، مسترشدين منه في ذلك
وهو ولي الإرشاد، وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من
كل جلي ودقيق، غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع، والنوازل يضيق عنها نطاق
الموضوع، واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد، والاعتبار بالأمثال من صنعة
الرجال، والوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ، وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية
المبتدي أن أشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا أرسمه بكفاية المنتهي، فشرعت فيه والوعد
يسوغ بعض المساغ، وحين أكاد أتكئ عنه اتكاء الفراغ، تبينت فيه نبذا من الإطناب،
وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب، فصرفت العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم
بالهداية، أجمع فيه بتوفيق الله بين عيون الرواية ومتون الدراية، تاركا للزوائد
في كل باب، معرضا عن هذا النوع من الإسهاب، مع ما أنه يشتمل على أصول ينسحب عليها
فصول، وأسأل الله تعالى أن يوفقني لإتمامها، ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها،
حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف يرغب في الأطول والأكبر، ومن أعجله الوقت عنه
يقتصر على الأقصر والأصغر، وللناس فيما يعشقون مذاهب، والفن خير كله، ثم سألني
بعض إخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني، فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما أقاوله

متضرعا إليه في التيسير لما أحاوله، إنه الميسر لكل عسير، وهو على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير،
والحمد لله رب العالمين.

كتاب الطهارات

قال الله تعالى: يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين. ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلاثة ومسح
الرأس بهذا النص، والغسل هو الإسالة، والمسح هو الإصابة، وحد الوجه من قصاص الشعر
إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن، لأن المواجهة تقع بهذه الجملة، وهو مشتق منها، والمرفقان
والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله، هو يقول إن الغاية لا تدخل تحت المغيا
كالليل في الصوم، ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها، إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة
الكل، وفي باب الصوم لمد الحكم إليها، إذ الاسم يطلق على الإمساك ساعة، والكعب هو العظم الناتئ
هو الصحيح، ومنه الكاعب. والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس لما روى
المغيرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه،
والكتاب مجمل فالتحق بيانا به، وهو حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات، وعلى مالك
في اشتراط الاستيعاب، وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلاث أصابع من أصابع
اليد لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح. قال: وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما
الإناء إذا استيقظ المتوضئ من نومه لقوله عليه السلام إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن
يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدري أين باتت يده، ولأن اليد آلة التطهير فتسن البداءة
بتنظيفها، وهذا الغسل إلى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف. قال: وتسمية الله تعالى
في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله، والمراد به نفي الفضيلة، والأصح أنها
مستحبة، وإن سماها في الكتاب سنة، ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح. والسواك
لأنه عليه السلام كان يواظب عليه، وعند فقده يعالج بالأصبع لأنه عليه السلام فعل كذلك.
والمضمضة والاستنشاق لأنه عليه السلام فعلهما على المواظبة، وكيفيته أن يمضمض ثلاثا
يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك، هو المحكي من وضوئه صلى الله عليه وسلم.
ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس عندنا خلافا للشافعي لقوله عليه السلام الأذنان من
الرأس، والمراد بيان الحكم دون الخلقة. وتخليل اللحية لأن النبي عليه السلام أمره جبريل
بذلك، وقيل هو سنة عند أبي يوسف جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن السنة إكمال الفرض في
محله والداخل ليس بمحل له. وتخليل الأصابع لقوله عليه السلام خللوا أصابعكم كي لا تتخللها

نار جهنم ولأنه إكمال الفرض في محله وتكرار الغسل إلى الثلاث لأن النبي عليه السلام توضأ
مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا
وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء
من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة و
يستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي رحمه الله فرض
لأنه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا أنه لا يقع قربة إلا بالنية ولكنه يقع مفتاحا
للصلاة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لأن التراب غير مطهر إلا في حال إرادة
الصلاة أو هو ينبئ عن القصد ويستوعب رأسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي رحمه الله
السنة هو التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا أن أنسا رضي الله عنه توضأ
ثلاثا ثلاثا ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله عليه السلام والذي يروى
من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله
ولأن المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا
فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لأنه لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى
بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة وقال الشافعي رحمه الله فرض لقوله تعالى
فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا أن المذكور فيها حرف الواو وهي
لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة فتقتضي إعقاب غسل جملة الأعضاء والبداءة بالميامن
فضيلة لقوله عليه السلام إن الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

فصل في نواقض الوضوء المعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى
أو جاء أحد منكم من الغائط وقيل لرسول الله عليه السلام وما الحدث قال ما يخرج من
السبيلين وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا
إلى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير
السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي عليه السلام أنه قاء فلم يتوضأ ولأن غسل
غير موضع الإصابة أمر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله
عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وقوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلاته
فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة

وهذا القدر في الأصل معقول والاقتصار على الأعضاء الأربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة
تعدي الأول غير أن الخروج يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء
لأن بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لأن ذلك
الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج وملء الفم أن يكون بحال
لا يمكن ضبطه إلا بتكلف لأنه
يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان
اعتبارا بالمخرج المعتاد ولإطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة
والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلا وقول علي رضي الله عنه حين عد الأحداث
جملة أو دسعة تملأ الفم وإذا تعارضت الأخبار يحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه
زفر على الكثير والفرق بين المسلكين قد بيناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف رحمه الله
يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون
نجسا يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لأنه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة
وهذا إذا قاء مرة أو طعاما أو ماء فإن قاء بلغما فغير ناقض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف رحمه الله ناقض إذا كان ملء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف أما النازل من
الرأس فغير ناقض بالاتفاق لأن الرأس ليس بموضع النجاسة لأبي يوسف رحمه الله أنه نجس بالمجاورة
ولهما أنه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما
وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لأنه سوداء محترقة وإن كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا
بسائر أنواعه وعندهما إن سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وإن كان قليلا لأن المعدة
ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهرا ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف
نقض بالاتفاق لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا أو
متكئا أو مستندا إلى شيء لو أزيل لسقط لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا
يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة
لزوال المقعد عن الأرض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير أن
السند يمنعه من السقوط بخلاف النوم حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة
وغيرها لأن بعض الاستمساك باق إذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والأصل فيه قوله عم

لا وضوء على من نام قائما أو راكعا أو ساجدا إنما الوضوء على من نام مضطجعا فإنه إذا نام مضطجعا
استرخت مفاصله والغلبة على العقل بالإغماء والجنون لأنه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء
والإغماء حدث في الأحوال كلها وهو القياس في النوم إلا أنا عرفناه بالأثر والإغماء فوقه
فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود والقياس أنها لا تنقض وهو قول
الشافعي رحمه الله لأنه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة
وخارج الصلاة ولنا قوله عليه السلام ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة
جميعا وبمثله يترك القياس والأثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليه والقهقهة ما يكون
مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة
دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض فإن خرجت من رأس الجرح أو سقط اللحم
لا تنقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لأن النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث
في السبيلين دون غيرهما فأشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة
والذكر لأنها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء
لاحتمال خروجها من الدبر فإن قشرت نفطة فسال منها ماء أو صديد أو غيره
إن سال عن رأس الجرح نقض وإن لم يسل لا ينقض وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين
وقال زفر رحمه الله ينقض في الوجهين جميعا وهي مسألة الخارج من غير السبيلين وهذه
الجملة نجسة لأن الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء
هذا إذا قشرها فخرج بنفسه وأما إذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لأنه مخرج و
ليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق و
غسل سائر البدن وعند الشافعي رحمه الله هما سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة أي
السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى
وإن كنتم جنبا فاطهروا وهو أمر بتطهير جميع البدن إلا أن ما يتعذر إيصال الماء إليه خارج
بخلاف الوضوء لأن الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة
الحدث بدليل قوله عليه السلام إنهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته
أن يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة إن كانت على بدنه ثم يتوضأ
وضوءه للصلاة إلا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك

المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله عليه السلام
وإنما يؤخر غسل رجليه لأنهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح
لا يؤخر وإنما يبدأ بإزالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد بإصابة الماء وليس على المرأة
أن تنقض ضفائرها في الغسل إذا بلغ الماء أصول الشعر لقوله عليه السلام لأم سلمة رضي الله عنها
يكفيك إذا بلغ الماء أصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية
لأنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثنائها قال والمعاني الموجبة للغسل
إنزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند
الشافعي رحمه الله خروج المني كيفما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء أي
الغسل من المني ولنا أن الأمر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة عبارة عن خروج
المني على وجه الشهوة يقال أجنب الرجل إذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول
على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه
الشهوة وعند أبي يوسف رحمه الله ظهوره أيضا اعتبارا للخروج بالمزايلة إذ الغسل
يتعلق بهما ولهما أنه متى وجب من وجه فالاحتياط في الإيجاب والتقاء الختانين
من غير إنزال لقوله عليه السلام إذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل أنزل
أو لم ينزل ولأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام
مقامه وكذا الإيلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف
البهيمة وما دون الفرج لأن السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد
وكذا النفاس بالإجماع وسن رسول الله عليه السلام الغسل للجمعة والعيدين
وعرفة والإحرام نص على السنة وقيل هذه الأربعة مستحبة وسمى محمد رحمه الله الغسل
يوم الجمعة حسنا في الأصل وقال مالك رحمه الله هو واجب لقوله عليه السلام من أتى الجمعة
فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل
فهو أفضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب أو على النسخ ثم هذا الغسل للصلاة
عند أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه
خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لأن فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا
للتأذي بالرائحة وأما في الإحرام وعرفة فسنبينه في المناسك إن شاء الله تعالى وليس

والمذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء
والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر
أبيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب إلى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله
والتفسير مأثور عن عائشة رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز

قال الطهارة من الأحداث جائزة بماء السماء والأودية والعيون والآبار والبحار
لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء إلا
ما غير لونه أو طعمه أو ريحه ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من
الشجر والثمر لأنه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول إلى التيمم والوظيفة في هذه
الأعضاء تعبدية فلا تتعدى إلى غير المنصوص عليه وأما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي
به لأنه ماء يخرج من غير علاج ذكره في جوامع أبي يوسف رحمه الله وفي الكتاب إشارة إليه حيث
شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فأخرجه عن طبع الماء كالأشربة والخل وماء
الباقلاء والمرق وماء الزردج لأنه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلاء وغيره ما تغير بالطبخ
فإن تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به وتجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير أحد
أوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن أو الزعفران أو الصابون أو الأشنان
قال الشيخ الإمام الأجل رضي الله عنه أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن أبي يوسف
أنه بمنزلة ماء الزعفران هو الصحيح كذا اختاره الناطفي والإمام السرخسي وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز التوضي بماء الزعفران وأشباهه مما ليس من جنس الأرض لأنه ماء مقيد ألا ترى
أنه يقال ماء الزعفران بخلاف أجزاء الأرض لأن الماء لا يخلو عنها عادة ولنا أن اسم الماء
باق على الإطلاق ألا ترى أنه لم يتجدد له اسم على حدة وإضافته إلى الزعفران كإضافته إلى
البئر والعين ولأن الخلط القليل لا معتبر به لعدم إمكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الأرض
فيعتبر الغالب والغلبة بالأجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وإن تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره
لا يجوز التوضي به لأنه لم يبق في معنى المنزل من السماء إذ النار غيرته إلا إذا طبخ فيه ما يقصد به
المبالغة في النظافة كالأشنان ونحوه إلا أن يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط
لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت فيه نجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة
أو كثيرا وقال مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير أحد أوصافه لما روينا وقال الشافعي رحمه الله يجوز إذا كان

قلتين لقوله عليه السلام إذا كان الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ
من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل
والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة وماؤه كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه
أبو داود وهو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به
إذا لم ير لها أثر لأنها لا تستقر مع جريان الماء والأثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون والجاري ما
لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك
الطرف الآخر إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر لأن الظاهر
أن النجاسة لا تصل إليه إذ أثر التحريك في السراية فوق أثر النجاسة ثم عن أبي حنيفة رحمه الله أنه
يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول أبي يوسف رحمه الله وعنه التحريك باليد وعن محمد بالتوضي
ووجه الأول أن الحاجة إليه في الحياض أشد منها إلى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة
عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للأمر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق
أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب
الآخر إشارة إلى أنه ينجس موضع الوقوع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينجس إلا بظهور أثر
النجاسة فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق
والذباب والزنابير والعقارب ونحوها وقال الشافعي رحمه الله يفسده لأن التحريم
لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لأن فيه ضرورة ولنا
قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه ولأن المنجس اختلاط الدم
المسفوح بأجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة
ليست من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك
والضفدع والسرطان وقال الشافعي رحمه الله يفسده إلا السمك لما مر ولنا
أنه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولأنه لا دم فيها إذ
الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام
المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الأصح والضفدع البحري والبري سواء
وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء وما يكون توالده في
الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال الماء المستعمل لا يطهر الأحداث

خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله هما يقولان إن الطهور ما يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع
وقال زفر رحمه الله وهو أحد قولي الشافعي إن كان المستعمل متوضئاً فهو طهور وإن كان محدثاً
فهو طاهر غير طهور لأن أعضاء المتوضئ طاهرة حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهراً
لكنه نجس حكماً وباعتباره يكون الماء نجساً فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة
عملاً بالشبهين وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله هو طاهر غير طهور لأن
ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجيس إلا أنه أقيمت به قربة فتغيرت به صفته كمال الصدقة
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم
ولأنه ماء أزيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء أزيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن
عن أبي حنيفة رحمه الله نجاسته غليظة اعتباراً بالمستعمل في الحقيقية وفي رواية أبي يوسف عنه
وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ماء أزيل به حدث أو استعمل في
البدن على وجه القربة قال الشيخ الإمام رضي الله عنه وهذا عند أبي يوسف وقيل هو قول أبي حنيفة
رحمه الله أيضاً وقال محمد رحمه الله لا يصير مستعملاً إلا بإقامة القربة لأن الاستعمال بانتقال نجاسة
الآثام إليه وإنها تزال بالقرب وأبو يوسف رحمه الله يقول إسقاط الفرض مؤثر أيضاً فيثبت
الفساد بالأمرين ومتى يصير مستعملاً الصحيح أنه كما زايل العضو صار مستعملاً لأن
سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب إذا انغمس في البئر
لطلب الدلو فعند أبي يوسف رحمه الله الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لإسقاط الفرض
والماء بحاله لعدم الأمرين وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب
والماء لعدم نية التقرب وعند أبي حنيفة رحمه الله كلاهما نجسان الماء لإسقاط الفرض عن
البعض بأول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الأعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل
بنجاسة الماء المستعمل وعنه أن الرجل طاهر لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال
وهو أوفق الروايات عنه وكل إهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه
إلا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السلام أيما إهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على
مالك رحمه الله في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة بإهاب وهو قوله
عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب لأنه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رحمه الله
في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين ألا يرى أنه ينتفع به حراسة واصطياداً

بخلاف الخنزير لأنه نجس العين إذ الهاء في قوله تعالى فإنه رجس منصرف إليه لقربه وحرمة
الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ
وإن كان تشميساً أو تتريباً لأن المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده
بالدباغ يطهر بالذكاة لأنه يعمل عمل الدباغ في إزالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه
وإن لم يكن مأكولاً وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لأنه من أجزاء
الميتة ولنا أنه لا حياة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت إذ الموت زوال
الحياة وشعر الإنسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لأنه لا ينتفع به ولا يجوز
بيعه ولنا أن عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته **فصل في البئر**
وإذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها بإجماع السلف
ومسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس فإن وقعت فيها بعرة أو بعرتان من بعر
الإبل أو الغنم لم تفسد الماء استحساناً والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة في الماء وجه الاستحسان
أن آبار الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل
القليل عفواً للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن أبي حنيفة رحمه الله
وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لأن
الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب
اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الإناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن أبي حنيفة
رحمه الله أنه كالبئر في حق البعرة والبعرتين وإن وقع فيها خرء الحمام والعصفور لا يفسده
خلافاً للشافعي رحمه الله له أنه استحال إلى نتن وفساد فأشبه خرء الدجاج والبط ولنا
إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المسجد مع ورود الأمر بتطهيرها واستحالته لا إلى
نتن فأشبه الحمأة فإن بالت فيها شاة نزح الماء كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا ينزح إلا إذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهوراً وأصله أن بول
ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له أنه عليه السلام أمر العرنيين بشرب أبوال الإبل وألبانها
ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه ولأنه يستحيل إلى نتن
وفساد كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما روي أنه عرف شفاءهم فيه وحياً ثم عند أبي حنيفة رحمه الله
لا يحل شربه للتداوي لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند أبي يوسف رحمه الله

يحل للتداوي ولا لغيره للعفونة وعند محمد رحمه الله يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده وإن ماتت في
فارة أو عصفورة أو صعوة أو سودانية أو سام أبرص نزح منها عشرون دلوا إلى ثلاثين
بحسب كبر الدلو وصغره يعني بعد إخراج الفارة لحديث أنس رضي الله عنه أنه قال في الفارة إذا ماتت
في البئر وأخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في
الجثة فأخذت حكمها والعشرون بطريق الإيجاب والثلاثون بطريق الاستحباب فإن ماتت فيها
حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين أربعين دلوا إلى ستين وفي الجامع الصغير أربعون
أو خمسون وهو الأظهر لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال في الدجاجة إذا ماتت في البئر
ينزح منها أربعون دلوا وهذا لبيان الإيجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر
دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا
جاز لحصول المقصود وإن ماتت فيها شاة أو آدمي أو كلب نزح جميع ما فيها من الماء لأن ابن عباس
وابن الزبير رضي الله عنهم أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم فإن انتفخ الحيوان
فيها أو تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر لانتشار البلة في أجزاء الماء وإن كانت
البئر معينا لا يمكن نزحها أخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق معرفته أن تحفر حفرة
مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها إلى أن تمتلئ أو ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ
الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر
منه عشر دلاء وهذان الطريقان عن أبي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله نزح مائتا دلو إلى ثلاثمائة
فكأنه بنى قوله على ما شاهد في بلده وعن أبي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح
حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة
في أمر الماء وهذا أشبه بالفقه وإن وجدوا في البئر فارة ميتة أو غيرها ولا يدرى متى وقعت و
لم تنتفخ أعادوا صلاة يوم وليلة إذا كانوا توضؤوا منها وغسلوا كل شيء أصابه ماؤها
وإن كانت قد انتفخت أو تفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس عليهم إعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لأن اليقين لا يزال بالشك وصار كمن رأى
في ثوبه نجاسة ولا يدري متى أصابته ولأبي حنيفة رحمه الله أن للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء
فيحال به عليه إلا أن الانتفاخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب
العهد فقدرناه بيوم وليلة لأن ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها وأما مسألة النجاسة

في الثوب

في الثوب فقد قال المعلى رحمه الله هي على الخلاف فيقدر بالثلاث في البالي وبيوم وليلة في الطري
ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان

فصل في الأسآر وغيرها

قال وعرق كل شيء معتبر بسؤره لأنهما يتولدان من لحمه فأخذ أحدهما حكم
صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لأن المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر
فيكون طاهرا ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل
الإناء من ولوغه ثلاثا لقوله عليه السلام يغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثا ولسانه يلاقي
الماء دون الإناء فلما تنجس الإناء فالماء أولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد
في الغسل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط السبع ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث
فما يصيبه سؤره وهو دونه أولى والأمر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير نجس
لأنه نجس العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رحمه الله فيما سوى الكلب
والخنزير لأن لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة طاهر
مكروه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه غير مكروه لأن النبي عليه السلام كان يصغي لها الإناء فتشرب منه
ثم يتوضأ به ولهما قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد بيان الحكم إلا أنه سقطت النجاسة
لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم
تحاميها النجاسة وهذا يشير إلى التنزه والأول إلى القرب من التحريم ولو أكلت فارة ثم شربت على
فوره الماء تنجس إلا إذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله ويسقط اعتبار الصب للضرورة قال وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لأنها تخالط
النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة
وكذا سؤر سباع الطير لأنها تأكل الميتات فأشبه المخلاة وعن أبي يوسف رحمه الله أنها
إذا كانت محبوسة يعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه
الرواية وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفارة مكروه لأن حرمة اللحم أوجبت
نجاسة السؤر إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة
في الهرة وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه قيل الشك في طهارته لأنه لو كان طاهرا لكان
طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لأنه لو وجد الماء لا يجب عليه غسل
رأسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وإن فحش فكذا سؤره وهو الأصح

وقد روي عن محمد رحمه الله على طهارته * وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف
الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته * وعن ابي حنيفة رحمه الله انه نجس ترجيحا للحرمة
والنجاسة * والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته * وان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم
ويجوز بايهما قدم * وقال زفر رحمه الله لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب
الاستعمال فاشبه الماء المطلق * ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب * و
سؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه مأكول * وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه *
وان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رحمه الله يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان
النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء * وقال ابو يوسف رحمه الله يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها
لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية * وقال محمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا
وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا * قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى
النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم وبمثله يزاد على الكتاب * واما الاغتسال به
فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء * وقد قيل لا يجوز لانه فوقه * والنبيذ المختلف فيه ان يكون
حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء * وما اشتد منه صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته
النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف * وان اشتد فعند ابي حنيفة رحمه الله يجوز التوضي به لانه يحل
شربه عنده * وعند محمد رحمه الله لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده * ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على
قضية القياس

باب التيمم

قال ومن لم يجد الماء وهو مسافر او هو خارج المصر بينه وبين
المصر نحو الميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا
وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء * والميل هو المختار في المقدار
لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة * والمعتبر المسافة دون خوف الفوت
لان التفريط يأتي من قبله * ولو كان يجد الماء الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد
مرضه يتيمم لما تلونا * ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء * وذلك
يبيح التيمم فهذا اولى * ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال * واعتبر الشافعي
رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص * ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد
او يمرضه يتيمم بالصعيد * وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا * ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة

رحمه الله خلافا لهما * لانه يقول ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر * ولنا ان العجز ثابت حقيقة
فلا بد من اعتباره * والتيمم ضربتان يمسح باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله
عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين * وينفض يديه بقدر ما
يتناثر التراب كيلا يصير مثلة * ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية * وكذا الحيض والنفاس
لما روي ان قوما جاؤا الى النبي عليه السلام فقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء
شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء * فقال عليه السلام عليكم بارضكم * ويجوز
التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص
والنورة والكحل والزرنيخ * وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب والرمل * وقال الشافعي
لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا
قاله ابن عباس رضي الله عنهما غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه * ولهما
ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده * والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق
بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع * ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة رحمه الله
لاطلاق ما تلونا * وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه
تراب رقيق * والنية فرض في التيمم * وقال زفر رحمه الله ليست بفرض لانه خلف عن الوضوء
فلا يخالفه في وصفه * ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة
والماء طهور بنفسه على ما مر * ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزأه ولا يشترط نية التيمم
للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب * فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله * وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم
لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة * ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال
ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة
لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة * وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله بناء على اشتراط النية * فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى
ثم اسلم فهو على تيممه * وقال زفر رحمه الله بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء
كالمحرمية في النكاح * ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه
كما لو اعترض على الوضوء * وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه * وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء

لأنه خلف عنه فأخذ حكمه وينقضه أيضا رؤية الماء إذا قدر على استعماله لأن القدرة هي
المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش
عاجز حكما والنائم عند أبي حنيفة رحمه الله قادر تقديرا حتى لو مر النائم المتيمم على الماء بطل
تيممه والمراد ماء يكفي للوضوء لأنه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم إلا
بصعيد طاهر لأن الطيب أريد به الطاهر ولأنه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء
ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه أن يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت فإن وجد الماء توضأ وإلا تيمم وصلى
ليقع الأداء بأكمل الطهارتين فصار كالطامع في الجماعة وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
في غير رواية الأصول أن التأخير حتم لأن غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر أن العجز ثابت حقيقة
فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي رحمه الله
يتيمم لكل فرض لأنه طهارة ضرورية ولنا أنه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه
ويتيمم الصحيح في المصر إذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف إن اشتغل بالطهارة أن تفوته
الصلاة لأنها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف إن اشتغل بالطهارة أن يفوته
العيد يتيمم لأنها لا تعاد وقوله والولي غيره إشارة إلى أنه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
رحمهما الله وهو الصحيح لأن للولي حق الإعادة فلا فوات في حقه وإن أحدث الإمام أو المقتدي في صلاة
العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يتيمم لأن اللاحق يصلي بعد فراغ الإمام فلا يخاف
الفوت وله أن الخوف باق لأنه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته والخلاف
فيما إذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لأنا لو أوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء
في صلاته فيفسد ولا يتيمم للجمعة وإن خاف الفوت لو توضأ فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا
صلى الظهر في الوقت لأنها تفوت إلى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا إذا خاف فوت الوقت
لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لأن الفوات إلى خلف وهو القضاء والمسافر إذا نسي الماء
في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعد الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يعيدها والخلاف
فيما إذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره وذكره في الوقت وبعده سواء له أنه واجد للماء فصار كما
إذا كان في رحله ثوب فنسيه ولأن رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما أنه
لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسألة الثوب على
الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى خلف والطهارة إلى خلف وهو التيمم وليس على

طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه أن بقربه ماء لأن الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود
فلم يكن واجدا وإن غلب على ظنه أن هناك ماء لم يجز له أن يتيمم حتى يطلبه لأنه واجد للماء نظرا إلى
الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وإن كان مع رفيقه ماء طلب منه
قبل أن يتيمم لعدم المنع غالبا فإن منعه منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة
لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لأن الماء مبذول عادة ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن
المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لأن الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

قال المسح على الخفين جائز بالسنة والأخبار فيه مستفيضة حتى
قيل إن من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز من كل
حدث موجب للوضوء إذا لبسهما على طهارة كاملة ثم أحدث خصه بحدث موجب للوضوء
لأنه لا مسح من الجنابة على ما نبين وبحدث متأخر لأن الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق
كالمستحاضة إذا لبست على السيلان ثم خرج الوقت والمتيمم إذا لبس ثم رأى الماء كان
رافعا وقوله إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت
الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أكمل الطهارة ثم أحدث يجزيه
المسح وهذا لأن الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى
لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر
ثلاثة أيام ولياليها لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام و
لياليها قال وابتداؤها عقيب الحدث لأن الخف مانع سراية الحدث إلى القدم فيعتبر المدة
من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالأصابع يبدأ من قبل الأصابع إلى الساق
لحديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه ومدهما من الأصابع
إلى أعلاهما مسحة واحدة وكأني أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله عليه السلام خطوطا
بالأصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لأنه معدول به
عن القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع والبداية من الأصابع استحباب اعتبارا بالأصل
وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد وقال الشيخ الكرخي رحمه الله من
أصابع الرجل والأول أصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يتبين
منه قدر ثلاث أصابع من أصابع الرجل وإن كان أقل من ذلك جاز وقال زفر رحمه الله والشافعي

لا يجوز وإن قلّ لأنه لما وجب عليه غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا أن الخفاف لا تخلو عن الخروق
عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير أن ينكشف قدر ثلاث
أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح لأن الأصل في القدم هو الأصابع والثلث أكثرها فيقام مقام
الكل واعتبار الأصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الأنامل إذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا
المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في الخفين لأن الخرق في أحدهما
لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لأنه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة
ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال قال كان رسول الله عليه السلام يأمرنا
إذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا عن جنابة ولكن عن بول أو غائط
أو نوم ولأن الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لأنه يتكرر وينقض
المسح كل شيء ينقض الوضوء لأنه بعض الوضوء وينقضه أيضا نزع الخف لسراية الحدث
إلى القدم حيث زال المانع وكذا نزع أحدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة
وكذا مضي المدة لما روينا وإذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه إعادة
بقية الوضوء وكذا إذا نزع قبل المدة لأن عند النزع يسري الحدث السابق إلى القدمين
كأنه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم إلى الساق لأنه لا معتبر به في حق المسح
وكذا بأكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح
ثلاثة أيام ولياليها عملا بإطلاق الحديث ولأنه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف
ما إذا استكمل المدة للإقامة ثم سافر لأن الحدث قد سرى إلى القدم والخف ليس برافع ولو
أقام وهو مسافر إن استكمل مدة الإقامة نزع لأن رخصة السفر لا تبقى بدونه وإن لم يستكمل
أتمها لأن هذه مدة الإقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي
فإنه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا أن النبي عليه السلام مسح على الجرموقين ولأنه تبع
للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما
إذا لبس الجرموق بعدما أحدث لأن الحدث حل بالخف فلا يتحول إلى غيره ولو كان الجرموق
من كرباس لا يجوز المسح عليه لأنه لا يصلح بدلا عن الرجل إلا أن تنفذ البلة إلى الخف ولا يجوز
المسح على الجوربين عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكونا مجلدين أو منعلين وقالا يجوز إذا كانا
ثخينين لا يشفان لما روي أن النبي عليه السلام مسح على جوربيه ولأنه يمكنه المشي فيه

إذا كانا ثخينين وهو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه الخف وله
أنه ليس في معنى الخف لأنه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه
أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين
لأنه لا حرج في نزع هذه الأشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وإن شدها على
غير وضوء لأنه عليه السلام فعل ذلك وأمر عليا رضي الله عنه به ولأن الحرج فيه فوق الحرج في نزع
الخف فكان أولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على أكثرها ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف
بالتوقيت وإن سقطت الجبيرة عن غير برء لم يبطل المسح لأن العذر قائم والمسح عليها كالغسل
لما تحتها ما دام العذر باقيا وإن سقطت عن برء بطل لزوال العذر وإن كان في الصلاة استقبل
لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

قال
أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام أقل الحيض للجارية
البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام وهو حجة على الشافعي رحمه الله في
التقدير بيوم وليلة وعن أبي يوسف أنه يومان والأكثر من اليوم الثالث إقامة للأكثر مقام الكل
قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع وأكثره عشرة أيام والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي
في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لأن تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به وما تراه
المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض حتى ترى البياض خالصا وقال أبو يوسف رحمه الله لا تكون الكدرة حيضا
إلا بعد الدم لأنه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي ولهما ما روي عن عائشة رضي الله عنها
أنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف إلا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر
أولا كالجرة إذا ثقب أسفلها وأما الخضرة فالصحيح أن المرأة إذا كانت من ذوات الأقراء
تكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وإن كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة يحمل على فساد المنبت فلا تكون
حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلاة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة
لقول عائشة رضي الله عنها كانت إحدانا على عهد رسول الله عليه السلام إذا طهرت من حيضها تقضي
الصيام ولا تقضي الصلاة ولأن في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم
ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عليه السلام فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب وهو بإطلاقه حجة
على الشافعي رحمه الله في إباحة الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لأن الطواف
في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء

قراءة القرآن لقوله عليه السلام ولا تقرأ الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك
رحمه الله في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي رحمه الله
في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا
المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة
حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة
وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم هو
الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس
بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير حرجا بهم هو
الصحيح **قال** واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان
الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل
ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان
الصلوة صارت دينا في ذمتها وطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها
فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان
الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل لان الحيض
لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الغسل للنهي في القراءة بالتشديد **قال** والطهر اذا
تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه وهذه احدى الروايات
عن ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله
وآخره كالنصاب في باب الزكاة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله وقيل هو آخر اقواله
ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون
بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما
هكذا روي عن ابراهيم النخعي وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة
او سنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة
كالرعاف لا يمنع الصلوة ولا الصوم ولا الوطي لقوله عليه السلام توضئي وصلي وان
قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ولو
زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد

استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة
يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام
من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا بالنص فلا يخرج عنه بالشك

فصل

والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة
فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي رحمه الله تتوضأ
المستحاضة لكل صلوة مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها
ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل
صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت
اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء
لصلوة اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر رحمه الله استأنفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا
حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
وزفر رحمهما الله اجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عنده
بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف رحمه الله وفائدة
الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة
مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة
على الوقت فلا تعتبر قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء
كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فيظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت
المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له ان يصلي صلوة الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها
بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة لصلوة الظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي
العصر به هو الصحيح لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة
الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرناه ومن به
استطلاق البطن وانفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل

والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى
الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان
ممتدا وقال الشافعي رحمه الله حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل

تنفتح فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج
بعض الولد فيما يروى عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي استبان
بعض خلقه ولد حتى تصير به نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس
لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض واكثره
اربعون يوما والزائد عليه استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام وقت للنفساء
اربعين يوما وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين وقد كانت
ولدت قبل ذلك ولها عادة معروفة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض
وان لم يكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت
ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان كان بين
الولدين اربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الاخير وهو قول زفر رحمه الله لانها حامل بعد
وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما
لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا
والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع والله اعلم

فصل

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر
وقوله عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن
والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن
ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال زفر
ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا
القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة
للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب
والبدن وهذا قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهما الله وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز في
البدن بغير الماء واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت
فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل
في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكر ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما
بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا جف

فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره فلا يطهره وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه عامة
مشايخنا رحمهم الله وان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب
فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل جرم له وفي الثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس
لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا
فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه
ان كان يابسا وقال الشافعي رحمه الله المني طاهر والحجة عليه ما روينا وقال عليه السلام انما يغسل الثوب
من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة
اذا اصابت المرآة او السيف اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان
اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم بها ولنا قوله عليه السلام زكاة الارض يبسها
وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتادى بما ثبت بالحديث وقدر
الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالبول والدم والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه
وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل
ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء ثم
يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو
الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية
في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به وان كان
مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه ما لم يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة رحمه الله لان
التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة
كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف شبر في شبر وانما كان مخففا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين
قال واذا اصاب الثوب من الروث او من اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند
ابي حنيفة رحمه الله لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي ان النبي عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس

أو ركبتي لم يعارضه نص غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض، وقالا يجزيه حتى
يفحش لأن للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما، ولأن فيه ضرورة لامتلاء
الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لأن الأرض تنشفه، قلنا الضرورة
في النعال وقد أثرت في التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فتكفي مؤنتها، ولا فرق بين مأكول
اللحم وغير مأكول اللحم، وزفر فرق بينهما فوافق أبا حنيفة رحمه الله في غير مأكول اللحم ووافقهما في
المأكول، وعن محمد رحمه الله أنه لما دخل الري ورأى البلوى أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضا
وقاسوا عليه طين بخارى، وعند ذلك رجوعه في الخف يروى، وإن أصابه بول الفرس
لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يمنع وإن فحش لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر
عنده، مخفف نجاسته عند أبي يوسف ولحمه مأكول عندهما، وأما عند أبي حنيفة فالتخفيف لتعارض
الآثار، وإن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم جازت الصلاة فيه عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله لا يجوز، وقد قيل إن الاختلاف في نجاسته وقد قيل في المقدار
وهو الأصح، هو يقول التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف، ولهما أنها
تذرق من الهواء والتحامي عنه متعذر فتحققت الضرورة، ولو وقع في الإناء قيل يفسده وقيل
لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه، وإن أصابه من دم السمك أو من لعاب البغل والحمار
أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة، أما دم السمك فلأنه ليس بدم على التحقيق فلا يكون
نجسا، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا، وأما لعاب البغل والحمار
فلأنه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر، فإن انتضح عليه البول مثل رؤوس الإبر فذلك ليس بشيء
لأنه لا يستطاع الامتناع عنه، قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا
فطهارته زوال عينها لأن النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها إلا أن يبقى
من أثرها ما يشق إزالته لأن الحرج مدفوع، وهذا يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين
وإن زالت بالغسل مرة واحدة وفيه كلام، وما ليس بمرئي فطهارته أن يغسل حتى يغلب
على ظن الغاسل أنه قد طهر لأن التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب
الظن كما في أمر القبلة، وإنما قدروا بالثلاث لأن غالب الظن يحصل عنده فأقيم
السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه، ثم لا بد من العصر
في كل مرة في ظاهر الرواية لأنه هو المستخرج.

فصل في الاستنجاء قال الاستنجاء سنة لأن النبي عليه السلام

واظب عليه، ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لأن المقصود هو الإنقاء فيعتبر
ما هو المقصود، وليس فيه عدد مسنون، وقال الشافعي رحمه الله لا بد من الثلاث لقوله عليه السلام
وليستنج بثلاثة أحجار، ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج
والإيتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز
بالإجماع، وغسله بالماء أفضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا نزلت في أقوام
يتبعون الحجارة الماء، ثم هو أدب وقيل سنة في زماننا، ويستعمل الماء إلى أن يقع في
غالب ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات إلا إذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه
وقيل بالسبع، ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز إلا الماء، وفي بعض النسخ إلا المائع وهذا
يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا، وهذا لأن المسح غير مزيل
إلا أنه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه، ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع، وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجاء
اعتبارا بسائر المواضع، ولا يستنجي بعظم ولا بروث لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك
ولو فعل يجزيه لحصول المقصود، ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن
ولا يستنجي بطعام لأنه إضاعة وإسراف، ولا بيمينه لأن النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء
باليمين.

كتاب الصلاة

باب المواقيت

أول وقت الفجر إذا طلع الفجر
الثاني وهو البياض المعترض في الأفق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث إمامة جبريل
عليه السلام فإنه أم رسول الله عليه السلام فيها في اليوم الأول حين طلع الفجر وفي اليوم
الثاني حين أسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت
لك ولأمتك، ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض المعترض الذي يبدو طولا ثم تعقبه
الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل وإنما الفجر المستطير في الأفق
أي المنتشر فيها، وأول وقت الظهر إذا زالت الشمس لإمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول
حين زالت الشمس، وآخر وقتها عند أبي حنيفة رحمه الله إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال
وقالا إذا صار الظل مثله وهو رواية عن أبي حنيفة، وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للأشياء
وقت الزوال، لهما إمامة جبريل عليه السلام في العصر في اليوم الأول في هذا الوقت، وله قوله عليه السلام
أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم، وأشد الحر في ديارهم في هذا الوقت، وإذا تعارضت

الآثار لا ينقضي الوقت بالشك. وأول وقت العصر إذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها. وأول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الأفق بعد الحمرة عند أبي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام الشفق الحمرة ولأبي حنيفة قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب إذا اسود الأفق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك رحمه الله في الموطأ وفيه اختلف الصحابة رضي الله عنهم. وأول وقت العشاء إذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل. وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر قال رضي الله عنه هذا عندهما وعند أبي حنيفة وقته وقت العشاء ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب.

فصل

ويستحب الإسفار بالفجر لقوله عليه السلام أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل في كل صلاة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه. قال والإبراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية أنس رضي الله عنه كان النبي عليه السلام إذا كان في الشتاء بكر بالظهر وإذا كان في الصيف أبرد بها. وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده. والمعتبر تغير القرص وهو أن يصير بحال لا تحار فيه الأعين هو الصحيح والتأخير إليه مكروه. ويستحب تعجيل المغرب لأن تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء. وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ولأن فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتأخير إلى نصف الليل مباح لأن دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الإباحة. وإلى النصف الأخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله. ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل أن يؤخره إلى آخر الليل وإن لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم لقوله عليه السلام من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل. وإذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لأن في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لأن تلك المدة مديدة

وعن أبي حنيفة رحمه الله التأخير في الكل للاحتياط ألا ترى أنه يجوز الأداء بعد الوقت لا قبله. ٥

فصل في الأوقات التي يكره فيها الصلاة

قال ولا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس ولا عند غروبها ولا عند قيامها في الظهيرة لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال ثلاثة أوقات نهانا رسول الله عليه السلام أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله وأن نقبر صلاة الجنازة لأن الدفن غير مكروه والحديث بإطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة وحجة على أبي يوسف في إباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال. قال ولا صلاة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لأنها في معنى الصلاة إلا عصر يومه عند الغروب لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت لأنه لو تعلق بالكل لوجب الأداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدى في آخر الوقت قاض وإذا كان كذلك فقد أداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لأنها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص. قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه أو تلا سجدة فيه فسجدها جاز لأنها أديت ناقصة كما وجبت إذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة. ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب لما روي أنه عليه السلام نهى عن ذلك. ولا بأس بأن يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لأن الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لأنه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم أفسده لأن الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى. ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأنه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة. ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير المغرب. ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يفرغ من خطبته لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة والله أعلم.

باب الأذان

قال الأذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل المتواتر. وصفة الأذان معروفة وهو كما أذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث أبي محذورة أن النبي عليه السلام أمره بالترجيع. ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا. ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لأن بلالا رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم حين وجد النبي عليه السلام راقدا فقال عليه السلام ما أحسن هذا اجعله في أذانك وخص الفجر به لأنه وقت نوم وغفلة. والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد ق

الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عليه السلام فاذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان الملك النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به وان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عليه السلام بلالا ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره في ساير الصلوات ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضي الله عنهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية قال ابو يوسف رحمه الله لا ارى باسا بان يقول المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رحمه الله لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف رحمه الله خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة رحمه الله ان التاخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي رحمه الله يفصل بركعتين اعتبارا بساير الصلوات والفرق قد ذكرناه قال يعقوب رايت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلناه وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لانه عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رحمه الله انه يقيم لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قول الكل وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر وان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة ويكره ان يقيم

على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة ويروى انه لا تكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين ان للاذان شبها بالصلوة فتشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا تعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جايزة بدون الاذان والاقامة قال وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا والله اعلم

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

قال يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال عليه السلام لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين السرة الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا يتبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما قاله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وربع ساقها او ثلثها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان اقل من الربع

لا التعبد. وقال أبو يوسف رحمه الله لا تعيد إن كان أقل من النصف لأن الشيء إنما يوصف بالكثرة
إذا كان ما يقابله أقل منه إذ هما من أسماء المقابلة. وفي النصف عنه روايتان فاعتبر
الخروج عن حد القلة أو عدم الدخول في ضده. ولهما أن الربع يحكي حكاية الكمال
كما في مسح الرأس والحلق في الإحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وإن لم ير إلا أحد
جوانبه الأربعة. والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لأن كل واحد عضو
على حدة. والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح. وإنما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج
والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الأنثيان وهذا
هو الصحيح دون الضم. وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الأمة وبطنها وظهرها عورة
وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين
بالحرائر. ولأنها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم
في حق جميع الرجال دفعا للحرج. قال ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد
وهذا على وجهين إن كان ربع الثوب أو أكثر منه طاهرا يصلي فيه. ولو صلى عريانا لا يجزيه
لأن ربع الشيء يقوم مقام كله. وإن كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله
وهو أحد قولي الشافعي لأن في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك
الفروض. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يتخير بين أن يصلي عريانا وبين أن يصلي
فيه وهو الأفضل لأن كل واحد منهما مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق
المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء إلى خلف لا يكون تركا والأفضلية
لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها. ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا
قاعدا يومئ بالركوع والسجود هكذا فعله أصحاب رسول الله عليه السلام فإن صلى قائما أجزأه
لأن في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام أداء هذه الأركان فيميل إلى أيهما شاء
إلا أن الأول أفضل لأن الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولأنه لا خلف له والإيماء
خلف عن الأركان. قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة
بعمل والأصل فيه قوله عليه السلام الأعمال بالنيات ولأن ابتداء الصلوة بالقيام وهو متردد
بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز إلا بالنية والمتقدم على التكبير كالقائم عنده إذا
لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا عبرة بالمتأخرة منها عنه لأن ما مضى

لا يقع عبادة لعدم النية. وفي الصوم جوزت للضرورة. والنية هي الإرادة والشرط
أن يعلم بقلبه أي صلوة يصلي. أما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع
عزيمته. ثم إن كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية. وكذا إن كانت سنة في
الصحيح. وإن كانت فرضا فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض. وإن كان
مقتديا بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لأنه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه
قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه إصابة عينها
ومن كان غائبا ففرضه إصابة جهتها هو الصحيح لأن التكليف بحسب الوسع. ومن كان خائفا
يصلي إلى أي جهة قدر لتحقق العذر فأشبه حالة الاشتباه. فإن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته
من يسأله عنها اجتهد لأن الصحابة تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله عليه السلام
ولأن العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحري. فإن علم
أنه أخطأ بعدما صلى لا يعيدها. وقال الشافعي رحمه الله يعيدها إذا استدبر لتيقنه بالخطأ
ونحن نقول ليس في وسعه إلا التوجه إلى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع. وإن علم
ذلك في الصلوة استدار إلى القبلة لأن أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم
واستحسنه النبي عليه السلام. وكذا إذا تحول رأيه إلى جهة أخرى توجه إليها لوجوب العمل بالاجتهاد
فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله. ومن أم قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى إلى
المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم إلى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع
الإمام أجزأهم لوجود التوجه إلى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة
ومن علم منهم بحال إمامه تفسد صلوته لأنه اعتقد إمامه على الخطأ. وكذا لو كان
متقدما عليه لتركه فرض المقام.

باب صفة الصلوة

قال فرائض الصلوة ستة
التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله
قانتين. والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا. والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا
والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه
التشهد إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ
قال وما سوى ذلك فهو سنة أطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة
إليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الأفعال والقعدة الأولى وقراءة التشهد

في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت فيه
ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها
بالسنة قال واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع وهو يقول انه يشترط لها
ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة
ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير
وهو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي
عن ابي يوسف رحمه الله والمحكي عن الطحاوي والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى
والنفي مقدم ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي رحمه الله يرفع الى منكبيه
وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي قال كان النبي عليه السلام
اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل بن حجر والبراء وانس رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام
كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة
العذر والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل
او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالاوليين
وقال مالك رحمه الله لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف
واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء بخلاف ما
اذا كان لا يحسن التكبير لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح
الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند
ابي حنيفة وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن العربية اجزأه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة
في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة
فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف
التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها
بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان
سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف انه

لا فساد

لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسألة الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف
وفي الاذان يعتبر التعارف ولو افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لا يجوز لانه مشوب بحاجته فلم يكن
تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجزيه لان معناه يا الله
آمنا بخير فكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله عليه السلام ان من السنة وضع
اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي رحمه الله في الوضع على الصدر
ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف
حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد
في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم
وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف انه يضم اليه قوله وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله عنه انه عليه السلام
كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك
الى آخره ولم يزد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به
في الفرائض والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير لتتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ بالله من
الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآية معناه اذا اردت قراءة
القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع القراءة
دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد
خلافا لابي يوسف رحمه الله قال ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود
رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية
عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم
لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يأتي بها في اول كل ركعة
كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد رحمه الله فانه
يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلاث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة
لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة ولمالك رحمه الله فيهما
له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة
الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر الآية والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما
واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام اذا امن الامام فامنوا

ولا متمسك لمالك رحمه الله في قوله عليه السلام وإذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث
القسمة لأنه قال في آخره فإن الإمام يقولها **قال** ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
ولأنه دعاء فيكون مبناه على الإخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش
قال ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لأن النبي عليه السلام كان يكبر عند كل
خفض ورفع ويحذف التكبير حذفاً لأن المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاماً وفي
آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين أصابعه لقوله عليه السلام لأنس رض
إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين أصابعك ولا يندب إلى التفريج إلا في هذه الحالة
ليكون أمكن من الأخذ ولا إلى الضم إلا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة و
يبسط ظهره لأن النبي عليه السلام كان إذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لأن النبي عليه السلام
كان إذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثاً وذلك أدناه لقوله
عليه السلام إذا ركع أحدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثاً وذلك أدناه أي أدنى كمال الجمع
ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الإمام عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا يقولها في نفسه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين
ولأنه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك
الحمد هذه قسمة وإنها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله
ولأنه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الإمامة وما رواه محمول على حالة الانفراد
والمنفرد يجمع بينهما في الأصح وإن كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والإمام بالدلالة عليه
آتٍ به معنى **قال** ثم إذا استوى قائماً كبر وسجد أما التكبير والسجود فلما بينا وأما الاستواء قائماً
فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف يفترض ذلك كله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام قم فصل فإنك لم تصل قاله
لأعرابي حين أخف الصلاة ولهما أن الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة فتتعلق الركنية
بالأدنى فيهما وكذا في الانتقال إذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته إياه صلاة حيث قال
وما انتقصت من هذا شيئاً فقد انتقصت من صلاتك ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا
الطمأنينة في تخريج الجرجاني رحمه الله وفي تخريج الكرخي رحمه الله واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها ساهياً عنده
ويعتمد بيديه على الأرض لأن وائل بن حجر وصف صلاة رسول الله عليه السلام فسجد وادعم

على راحتيه ورفع عجيزته **قال** ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء أذنيه لما روي أنه
عليه السلام فعل كذلك **قال** وسجد على أنفه وجبهته لأن النبي عليه السلام واظب عليه
فإن اقتصر على أحدهما جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر
وهو رواية عنه لقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة
ولأبي حنيفة رحمه الله أن السجود يتحقق بوضع الوجه وهو المأمور به إلا أن الخد والذقن خارج
بالإجماع والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا
لتحقق السجود دونهما وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فريضة في السجود
فإن سجد على كور عمامته أو فاضل ثوبه جاز لأن النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته
ويروى أنه عليه السلام صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الأرض وبردها ويبدي
ضبعيه لقوله عليه السلام وأبد ضبعيك ويروى وابدد ضبعيك من الإبداد وهو المد
والأول من الإبداء وهو الإظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لأن النبي عليه السلام كان إذا
سجد جافى بطنه حتى إن بهمة لو أرادت أن تمر بين يديه مرت وقيل إذا كان في الصف
لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه أصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام إذا سجد
المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده
سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وذلك أدناه لقوله عليه السلام إذا سجد أحدكم فليقل في سجوده
سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وذلك أدناه أي أدنى كمال الجمع ويستحب أن يزيد على الثلاث
في الركوع والسجود بعد أن يختم بالوتر لأنه عليه السلام كان يختم بالوتر وإن كان إماماً لا يزيد
على وجه يمل القوم كيلا يؤدي إلى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لأن النص
تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص **قال** والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق
بطنها بفخذيها لأن ذلك أستر لها **قال** ثم يرفع رأسه ويكبر لما روينا فإذا اطمأن جالساً
كبر وسجد لقوله عليه السلام في حديث الأعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالساً ولو لم يستو
جالساً وسجد أخرى أجزأه وتكلموا في مقدار الرفع والأصح أنه إذا كان إلى السجود
أقرب لا يجوز لأنه يعد ساجداً وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز لأنه يعد جالساً
فتتحقق الثانية **قال** فإذا اطمأن ساجداً كبر وقد ذكرناه واستوى قائماً على صدور
قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الأرض وقال الشافعي رحمه الله يجلس جلسة خفيفة

ثم ينهض معتمداً على الأرض لما روي أنه عليه السلام فعل ذلك. ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه. وما رواه محمول على حالة الكبر. ولأن هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها.

قال ويفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الأولى لأنه تكرار الأركان إلا أنه لا يستفتح ولا يتعوذ لأنهما لم يشرعا إلا مرة واحدة. ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة الأولى خلافاً للشافعي رحمه الله في الركوع والرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الأربع في الحج. والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه.

قال وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصباً ووجه أصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود رسول الله عليه السلام في الصلوة. قال ووضع يديه على فخذيه وبسط أصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولأن فيه توجيه أصابع يديه إلى القبلة. وإن كانت امرأة جلست على أليتها اليسرى وأخرجت رجليها من الجانب الأيمن لأنه أستر لها.

قال والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله إلى آخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فإنه قال أخذ رسول الله عليه السلام بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله إلى آخره. والأخذ بهذا أولى من الأخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين إلى آخره لأن فيه الأمر وأقله الاستحباب والألف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم. قال ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله عليه السلام التشهد في وسط الصلوة وآخرها فإذا كان وسط الصلوة نهض إذا فرغ من التشهد وإذا كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء.

قال ويقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث أبي قتادة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب. وهذا بيان الأفضل هو الصحيح لأن القراءة فرض في الركعتين على ما نبينه من بعد إن شاء الله تعالى. قال وجلس في الأخيرة كما جلس في الأولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما ولأنها أشق على البدن فكان أولى من التورك الذي يميل إليه مالك رحمه الله. والذي يروى أنه عليه السلام قعد متوركاً ضعفه الطحاوي رحمه الله أو يحمل على حالة الكبر.

قال وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفريضة خلافاً للشافعي رحمه الله فيهما لقوله عليه السلام إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلوتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد. والصلوة على النبي عليه السلام خارج الصلوة واجبة إما مرة واحدة كما قال الكرخي رحمه الله أو كلما ذكر عليه السلام كما اختاره الطحاوي رحمه الله فكفينا مؤنة الأمر. والفرض المروي في التشهد هو التقدير.

قال ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن والأدعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وقال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعاء أطيبه وأعجبه إليك. ويبدأ بالصلوة على النبي عليه السلام ليكون أقرب إلى الإجابة. ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزاً عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ. وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم. وقوله اللهم ارزقني من قبيل الأول هو الصحيح لاستعماله فيما بين العباد يقال رزق الأمير الجيش.

قال ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر. وينوي بالتسليمة الأولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لأن الأعمال بالنيات. ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لأن الخطاب حظ الحاضرين. ولا بد للمقتدي من نية إمامه فإن كان الإمام في الجانب الأيمن أو الأيسر نواه فيهم وإن كان بحذائه نواه في الأولى عند أبي يوسف رحمه الله ترجيحاً للجانب الأيمن وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله نواه فيهما لأنه ذو حظ من الجانبين. والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لأنه ليس معه سواهم. والإمام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عدداً محصوراً لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الإيمان بالأنبياء عليهم السلام. ثم إصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليس بفرض خلافاً للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم. ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطاً وبمثله لا تثبت الفرضية والله أعلم.

فصل في القراءة

قال ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين

الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث وان كان
منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه
ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر
والعصر وان كان بعرفة لقوله عليه السلام صلاة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة مسموعة وفي عرفة
خلاف مالك رحمه الله والحجة عليه ما روينا ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض
بالجهر وفي التطوع يخافت في النهار ويتخير في الليل اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه
مكمل له فيكون تبعا ومن قرا في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرا الفاتحة لم يعد في الاخريين
وان قرا الفاتحة ولم يزد عليها قرا في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما
وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها
في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن
قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها
ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما
هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى
ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله لان مجرد
حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي رحمه الله ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل
اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق
كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك قال وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلاة عند ابي حنيفة رحمه الله
آية وقالا ثلاث آيات قصار او آية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية
وله قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه
قال وفي السفر يقرا بفاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي عليه السلام قرا في صلاة الفجر
في السفر بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط شطر الصلاة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى
وهذا اذا كان على عجلة من السير واما اذا كان في امنة وقرار يقرا في الفجر نحو سورة البروج وانشقت
لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرا في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين آية او خمسين آية
سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر

ووجه التوفيق انه يقرا بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل
ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشتغال وقلته قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في
سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال قال والعصر
والعشاء سواء يقرا فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرا فيها بقصار المفصل والاصل
فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنه ان اقرا في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر
والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق
بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التاخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت
فيهما بالاوساط قال ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعات
قال وركعتا الظهر سواء عندهما وقال محمد رحمه الله احب الي ان يطيل الركعة الاولى على الثانية
في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر
لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر
بالزيادة والنقصان بدون ثلاث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج قال وليس في شيء من
الصلوات قراءة سورة بعينها بحيث لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت بشيء من القرآن
لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرا المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رحمه الله
في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان له امام فقراءة
الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات
والاستماع قال عليه السلام واذا قرا فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رحمه الله
ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرا الامام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع
فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك
ان صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع الا ان يقرا الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه
وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط السكوت اقامة
لفرض الانصات والله اعلم

باب الامامة

قال الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام
الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة
وعن ابي يوسف رحمه الله اقرؤهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول
القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان وان تساووا فاقرؤهم لقوله ثم

يؤم القوم أقرأهم لكتاب الله فان كانوا سواء فأعلمهم بالسنة وأقرأهم كان أعلمهم
يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فأورعهم
لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي فان تساووا فأسنهم لقوله
عليه السلام لابني أبي مليكة وليؤمكما أكبركما ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد
لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم بأمر دينه و
الاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له أب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم
هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول
الامام بهم الصلوة لقوله عليه السلام من أم قوما فليصل بهم صلوة أضعفهم فان فيهم المريض
والكبير وذو الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام
وسط الصف فيكره كالعراة وان فعلن قامت الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك
وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد أقامه
عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما فانه عليه السلام صلى به وأقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد
انه يضع أصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه أو في يساره جاز وهو مسيء
لانه خالف السنة وان أم اثنين تقدم عليهما وعن أبي يوسف رحمه الله يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه ولنا انه عليه السلام تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية
والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة أو صبي أما المرأة فلقوله عليه السلام
أخروهن من حيث أخرهن الله فلا يجوز تقديمها وأما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به
وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا رحمهم الله ومنهم من حقق الخلاف
بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في النفل المطلق والمختار أنه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون
نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون
لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة ويصف
الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني منكم أولو الاحلام والنهى ولان المحاذاة
مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان في صلوة فسدت صلوته ان نوى الامام
امامتها والقياس أن لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلاتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان
ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها

كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت
عندنا خلافا لزفر رحمه الله ألا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط
نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد
في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلوة مشتركة وأن تكون مطلقة
وأن تكون المرأة من أهل الشهوة وأن لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس
فيراعى جميع ما ورد به قال ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا بأس
للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه
لا فتنة لقلة الرغبة غير أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة أما في الفجر والعشاء فهم نائمون
وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره قال ولا يصلي
الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان الصحيح أقوى حالا
من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي
ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز أن يؤم المتيمم
المتوضئين وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء
أصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان
الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث
لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس
لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلوته قاعدا و
القوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا أن يومي المؤتم قاعدا والامام
مضطجعا لان القعود معتبر فتثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان
حال المقتدي أقوى وفيه خلاف زفر رحمه الله قال ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء
بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم قال ولا من يصلي
فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي
يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى
ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى أصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق
البناء ومن اقتدى بامام ثم علم أن امامه محدث أعاد لقوله عليه السلام من أم قوما ثم ظهر انه

كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على ما تقدم ونحن نعتبر
معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد وقال واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم
فاسدة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور ام قوما معذورين وغير معذورين
فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها
فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها
لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده
جاز هو الصحيح لانه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا
فسدت صلوتهم وقال زفر رحمه الله لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة
فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا
لو قدمه في التشهد والله اعلم

باب الحدث في الصلوة

قال ومن سبقه الحدث في الصلوة
انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي رحمه الله
لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء
او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى
احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق
لا فيما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام
والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي
يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد
ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال
وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد
الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان
بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على
غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما
توهمه يستقبل فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد هو
السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم
او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجوده فلم يكن في معنى ما ورد به النص وكذلك اذا قهقه

لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن القراءة غير
نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد
التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم
او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق
عليه شيء من الاركان فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر من قبل فان رآه بعد ما قعد
قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة
او عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة قبل هذه او احدث الامام القاري
فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت
عن برء او كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا تمت صلوته وقيل الاصل فيه ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رحمه الله وليس
بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها
بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج
عن هذه وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله بطلت صلوته اي قاربت التمام وتحريمه
الاستخلاف انه ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم
صلاحية الامامة ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزاه لوجود
المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق
ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى
الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم
او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة
وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد
وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت
صلوة الذي لم يدرك اول صلوته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج
من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا
ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته وصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة

الجزء الذي لاقاه من صلوة الامام فيتبعه مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منهٍ والكلام في معناه وتنتقض صلوة الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة قال ومن احدث في ركوعه او سجوده توضا وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن فان لم يعد اجزاه لان الانتقال مع الطهارة شرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة وان لم يكن خلفه الا صبي او امراة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة والله اعلم

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

قال ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي رحمه الله في الخطاء والنسيان ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب قال فان أنّ فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رحمه الله ان قوله آه لا يفسد في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه

ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من جنس كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما مفسدا استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ولو اجاب في الصلوة رجلا بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا وصار كالتشميت والاسترجاع على هذا الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح قال ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعدما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزي بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله قال واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة اخرى الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اليهود ولابي حنيفة رحمه الله ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رحمه الله لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير قال وان مرت امراة بين يدي المصلي لم يقطع الصلوة لقوله عليه السلام لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل وتحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام ايعجز احدكم اذا صلى ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر والايمن افضل ورد الاثر وسترة

الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرؤ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام فادرؤا ما استطعتم ويدرؤ بالاشارة كما فعل رسول الله عليه السلام بولدي ام سلمة او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية

فصل

قال ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلام ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لان النبي عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه السلام كان يلاحظ اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لان النبي عليه السلام نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما بينا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنهما ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق رأسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبرئيل عليه السلام انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد وان كان التمثال مقطوع الرأس اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على السترة لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون امام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهذا الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا ويكره عد الآي والتسبيح باليد في الصلوة وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القرأة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعد الشروع

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عليه السلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا بأس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا بأس يشير الى انه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن والله اعلم

باب صلوة الوتر

قال الوتر واجب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء

الى طلوع الفجر أمر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه
ثبت بالسنة وهو المعنى بما روى عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفى باذانه واقامته
قال الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام يوتر
بثلث وحكى الحسن رحمه الله اجماع المسلمين على الثلثة وهذا احد اقوال الشافعي رحمه الله وفي قول
يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رحمه الله والحجة عليه ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع
وقال الشافعي رحمه الله بعده لما روى انه عليه السلام قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا انه عليه السلام
قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي رحمه الله في غير
النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلام للحسن رضي الله عنه حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك
من غير فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن
فاذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي رحمه الله
في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام
في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يتبعه لانه تبع لامامه
والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته
وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على
جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه
ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت في الوتر الاخفاء
لانه دعاء

باب النوافل قال السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان
واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين
والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة
وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا
وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا
لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع ولهذا خير الا ان الاربع افضل
خصوصا عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا روي عن
رسول الله عليه السلام وفيه خلاف الشافعي قال ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء

اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة وان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة
جاز وتكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني
في صلوة الليل ودليل الكراهية انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهية لزاد تعليما للجواز و
الافضل عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في الليل مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي رحمه الله
فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة رحمه الله فيهما اربع اربع للشافعي رحمه الله قوله عليه السلام صلوة الليل
والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة رحمه الله انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا
رواه عائشة رضي الله عنها وكان عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة
وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب يخرج
والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا والله اعلم

فصل القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي رحمه الله في الركعات كلها لقوله عليه السلام
لا صلوة الا بالقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك رحمه الله في ثلاث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل
تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما
يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها
فلا يلحقان بهما والصلوة فيما روى مذكورة صريحة فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف
لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء قرأ و
ان شاء سبح كذا روى عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل
ان يقرأ لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركه في ظاهر الرواية والقراءة واجبة
في جميع ركعات النفل وفي جميع ركعات الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة و
القيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا رحمهم الله
ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها
وقال الشافعي رحمه الله لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة
فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان فان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين
قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما هذا
اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به

وتحريمة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة. وقيل
يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة. وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال ابو يوسف رحمه الله يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه و
الاصل فيها ان عند محمد رحمه الله ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها
تعقد للافعال. وعند ابي يوسف رحمه الله ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب
فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها
وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريمة. وعند ابي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الاوليين
يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها
بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء
التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا. اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين
عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الثاني
وبقيت عند ابي يوسف رحمه الله فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه
فعليه قضاء الاربع عنده. ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة
لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول
فلو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع
الثاني. وعند ابي يوسف رحمه الله ان صح فقد اداها. ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه
قضاء الاخريين بالاجماع. ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع
ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين على قول ابي يوسف رحمه الله عليه قضاء الاربع
وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان التحريمة باقية عنده. وعند محمد رحمه الله عليه قضاء الاوليين
لان التحريمة قد ارتفعت عنده. وقد انكر ابو يوسف رحمه الله هذه الرواية عنه وقال رويت لك
عن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد رحمه الله لم يرجع عن روايته عنه. ولو قرأ في احدى
الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد رحمه الله ركعتين. ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير
قضى اربعا عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما ركعتين. قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة مثلها
يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها
ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة القاعد على النصف من صلوة

القائم. ولان الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه. واختلفوا
في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة و
ان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان. وعندهما
لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر. وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحت
بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا ظاهرا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام
عند بعض المشايخ رحمهم الله. ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء
لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رأيت رسول الله عليه السلام يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر
يومي ايماء. ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه
النافلة او ينقطع هو عن القافلة. اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل.
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من غيرها. والتقييد بخارج المصر ينفي
اشتراط السفر والجواز في المصر. وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز في المصر ايضا. ووجه الظاهر ان
النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب. فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل
يبني وان صلى ركعة نازلا ثم ركب يستقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود
لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح. واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر
على ترك ما لزمه من غير عذر. وعن ابي يوسف رحمه الله انه يستقبل اذا نزل ايضا. وكذا عن محمد رحمه الله
اذا نزل بعدما صلى ركعة. والاول اصح وهو الظاهر.

فصل في قيام رمضان

قال ويستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم عشرين ركعة
بخمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة
ثم يوتر بهم. ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه واظب عليها
الخلفاء الراشدون. والنبي عليه السلام بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا
والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين.
ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة رضي الله عنهم يروى عنهم
التخلف. والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار ترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر
لعادة اهل الحرمين. واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح. وقوله ثم يوتر
بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ رحمهم الله. والاصح ان وقتها

بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر
القراءة فيها واكثر المشايخ رحمهم الله على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم
بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة
في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين والله اعلم

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل
مع الامام احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع
الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس
للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر والجمعة فاقيم او خطب الامام يقطع على راس
الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها وان كان قد صلى ثلثا من الظهر
يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها
بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائما
ينوي الدخول في صلوة الامام فاذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان
الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه
لو اضاف اليها اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة
وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهة النفل بعد الفجر لما بينا وكذا بعد العصر لما قلنا
وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة لامامه
ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد
بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعة
لانه ترك صورة وتكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه
اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت
العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة النفل بعدها ومن انتهى الى الامام
في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر
عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام
لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين
لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله

في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما بينا ان شاء الله تعالى والتقييد
بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل
في عامة السنن والنوافل اداؤها في المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام قال واذا فاتته
ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح
ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان يقضيهما
الى وقت الزوال لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما
ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائها
تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت
الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رحمهم الله واما سائر السنن سواها فلا تقضى بعد الوقت
وحدها واختلف المشايخ رحمهم الله في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر
ركعة ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر بجماعة وقال محمد رحمه الله قد ادرك فضل
الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها
بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي
بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام
في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير
سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها وان طردتكم الخيل
وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه
عليه السلام واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة
والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت
فرض الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه
لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام
ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو
ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لان ما اتى به
قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد
كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

قال ومن فاتته صلوة قضاها

اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت • والاصل فيه ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا
مستحق • وعند الشافعي رحمه الله مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره • ولنا
قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل
التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام • ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب
يسقط بضيق الوقت • وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقت ولو قدم
الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية
حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث • ولو فاتت صلوات رتبها كما وجبت في الاصل
لان النبي عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق • وقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني
اصلي الا ان يزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين
الفوائت نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية • وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج
وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتت اكثر من صلوة
يوم وليلة اجزأته التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا • وعن محمد رحمه الله انه يعتبر
دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول
ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت القديمة
وقيل لا يجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون • ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد
الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي
من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول
الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حالة ادائها
ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب
واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يبطل لان
التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف
الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر تفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى
ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تفسد فسادا
باتا لا جواز لها بحال وقد عرف ذلك في موضعه • ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة
خلافا لهما • وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده وسنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن

وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة
فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء والله اعلم

باب سجود السهو

قال يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد
ثم يسلم • وعند الشافعي رحمه الله يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام
ولنا قوله عليه السلام لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام
فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله • ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى
عن السلام ينجبر به • وهذا الخلاف في الاولوية • ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور
الى ما هو المعهود • ويأتي بالصلوة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء
موضعه آخر الصلوة • قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على
ان سجدة السهو واجبة هو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في
الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره او تأخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب
بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب • قال ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كأنه
اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها ثبت بالسنة • قال او ترك قراءة الفاتحة •
لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه عليه السلام واظب عليها من غير تركها
مرة وهي امارة الوجوب • ولانها تضاف الى جميع الصلوة فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم
ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح
ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر تلزمه سجدة السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من
الواجبات • واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء
لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلاث
آيات وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة • قال وسهو الامام يوجب على المؤتم
السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد
المؤتم لانه يصير مخالفا للامام وما التزم الاداء الا متابعا • فان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود
لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا • ومن سها عن القعدة الاولى
ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد
للسهو للتأخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم • ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى

وسجد للسهو لأنه ترك الواجب. وإن سها عن القعدة الأخيرة حتى قام إلى الخامسة رجع إلى القعدة ما لم يسجد لأن فيه إصلاح صلاته وأمكنه ذلك لأن ما دون الركعة بمحل الرفض. قال: وألغى الخامسة لأنه رجع إلى شيء محله قبلها فيرتفض، ويسجد للسهو لأنه أخر واجبا. وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لأنه استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة، ومن ضرورته خروجه عن الفرض، وهذا لأن الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي، وتحولت صلاته نفلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله على ما مر، فيضم إليها ركعة سادسة، ولو لم يضم لا شيء عليه لأنه مظنون. ثم إنما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف رحمه الله لأنه سجود كامل، وعند محمد رحمه الله برفعه لأن تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث، وثمرة الخلاف يظهر فيما إذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله. ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد إلى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لأن التسليم في حالة القيام غير مشروع وأمكنه الإقامة على وجهه بالقعود لأن ما دون الركعة بمحل الرفض. فإن قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم إليها ركعة أخرى وتم فرضه لأن الباقي إصابة لفظة السلام وهي واجبة. وإنما يضم إليها أخرى لتصير الركعتان نفلا لأن الركعة الواحدة لا تجزيه لنهيه عليه السلام عن البتيراء، ثم لا ينوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لأن المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة، ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون. ولو قطعها لم يلزمه القضاء لأنه مظنون. ولو اقتدى به إنسان فيهما يصلي ستا عند محمد رحمه الله لأنه المؤدى بهذه التحريمة، وعندهما ركعتين لأنه استحكم خروجه عن الفرض. ولو أفسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد رحمه الله اعتبارا بالإمام، وعند أبي يوسف رحمه الله يقضي ركعتين لأن السقوط بعارض يخص الإمام. قال: ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم أراد أن يصلي أخريين لم يبن لأن السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلاة، بخلاف المسافر إذا سجد للسهو ثم نوى الإقامة لأنه لو لم يبن يبطل جميع الصلاة، ومع هذا لو أدى صح لبقاء التحريمة. ومن سلم وعليه سجدة السهو فدخل رجل في صلاته بعد التسليم فإن سجد الإمام كان داخلا وإلا فلا، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد رحمه الله هو داخل سجد الإمام أو لم يسجد لأن عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلاة أصلا لأنها وجبت جبرا للنقصان فلا بد أن يكون في إحرام الصلاة، وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لأنه محلل في نفسه، وإنما يبطل للحاجة إلى أداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود، ويظهر الاختلاف في هذا في انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الإقامة في هذه الحالة. ومن سلم يريد قطع الصلاة وعليه سهو فعليه أن يسجد لسهوه لأن السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت. ومن شك في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا وذلك أول ما عرض له استأنف لقوله صلى الله عليه وسلم إذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة. وإن كان يعرض له كثيرا بنى على غالب ظنه لقوله عليه السلام من شك في صلاته فليتحر الصواب. وإن لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا بنى على الأقل. والاستقبال بالسلام أولى لأنه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية لغو. وعند البناء على الأقل يقعد في كل موضع يتوهم أنه آخر صلاته كيلا يصير تاركا فرض القعدة والله أعلم.

باب صلاة المريض

قال: وإذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين رضي الله عنه صل قائما فإن لم تستطع فقاعدا فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء، ولأن الطاعة بحسب الطاقة. قال: فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء يعني قاعدا لأنه وسع مثله وجعل سجوده أخفض من ركوعه لأنه قائم مقامهما فأخذ حكمهما، ولا يرفع إلى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأومئ برأسك، وإن فعل ذلك وهو يخفض رأسه أجزأه لوجود الإيماء، وإن وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه. وإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه إلى القبلة وأومأ بالركوع والسجود لقوله عليه السلام يصلي المريض قائما فإن لم يستطع فقاعدا فإن لم يستطع فعلى قفاه يومئ إيماء فإن لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه. قال: وإن استلقى على جنبه ووجهه إلى القبلة وأومأ جاز لما روينا من قبل إلا أن الأولى هي الأولى عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لأن إشارة المستلقي تقع إلى هواء الكعبة وإشارة المضطجع على جنبه إلى جانب قدميه، وبه تتأدى الصلاة. فإن لم يستطع الإيماء برأسه أخرت عنه ولا يومئ بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر رحمه الله لما روينا من قبل، ولأن نصب الأبدال بالرأي ممتنع ولا قياس على الرأس لأنه يتأدى به ركن الصلاة دون العين وأختيها. وقوله أخرت عنه إشارة إلى أنه لا تسقط الصلاة وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقا هو الصحيح لأنه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه. قال: فإن قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومئ إيماء لأن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فإذا كان

لا يتعقبه السجود ولا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود قال وان صلى
الصحيح بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض يتمها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا
ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء قال ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض
ثم صح بنى على صلوته قائما عندهما وقال محمد استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه
قال وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استانف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء
الراكع بالمومي فكذا البناء قال وان افتتح التطوع قائما ثم اعيى لا باس بان يتوكا على عصا او
حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب
وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد عنده من غير عذر يجوز فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه
لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء ايضا وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده
ولا يجوز عندهما وقد مر في باب النوافل قال ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه
عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله
ان الغالب فيها دوران الراس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف و
الخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح قال
ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس
ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملا لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان
ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم
وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان بخلاف النوم لان امتداده نادر
فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث
الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهما

باب سجدة التلاوة

قال سجود التلاوة في
القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم واولى الحج والفرقان
والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرا كذا كتب في مصحف عثمان
رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله
لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط قال والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي
والسامع سواء قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها والسجدة على من
تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد قال واذا تلا الامام آية السجدة سجدها وسجد الماموم معه

لالتزامه متابعته قال واذا تلا الماموم لم يسجد الامام ولا الماموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عندهما
وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى
خلاف موضوع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه
وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان عن القراءة الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها
كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب قال ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو
الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم قال وان سمعوا وهم في الصلوة سجدة من رجل ليس معهم في
الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال
الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم تجزهم لانه ناقص لمكان النهي
فلا يتادى به الكامل قال واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة
لا ينافي احرام الصلوة وفي النوادر انه تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد قال
فان قراها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان
يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك تلك الركعة قال وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه
لانه لو لم يسمعها سجدها معه فهاهنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب قال وكل سجدة وجبت في
الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلوتية ولها مزية الصلوة فلا تتادى
بالناقص قال ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة فاعادها وسجد اجزاته السجدة
عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى
بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت
بها قال وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة
ولا وجه الى الاستتباع لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب قال ومن كرر تلاوة سجدة
واحدة في مجلس واحد اجزاته سجدة واحدة فان قراها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع
فقراها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة
على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات
والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا
اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض
وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المتنقل من غصن الى غصن كذلك [illegible]

اى لكونها بالاولى لكونها صلوتية وللاولى قوة السبق الاولى والثانية

في الأصح وكذا في الدياسة في الأصح قال وإذا تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر
الوجوب على السامع لأن السبب في حقه هو السماع وكذا إذا تبدل مجلس التالي دون السامع
على ما قيل والأصح أنه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا قال ومن أراد السجود كبر و
لم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلاة وهو المروي عن ابن مسعود
رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لأن ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة
قال ويكره أن يقرأ السورة في الصلاة أو غيرها ويدع آية السجدة لأنه يشبه الاستنكاف عنها
قال ولا بأس أن يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لأنه مبادرة إليها قال محمد أحب إلي
أن يقرأ قبلها آية أو آيتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا إخفاءها شفقة على السامعين

باب صلاة المسافر

السفر الذي يتغير به الأحكام أن يقصد الإنسان موضعا بينه
وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشي الأقدام لقوله عليه السلام
يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته
عموم التقدير وقدر أبو يوسف رحمه الله بيومين وأكثر اليوم الثالث والشافعي رحمه الله بيوم و
ليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن أبي حنيفة رحمه الله التقدير
بالمراحل وهو قريب من الأول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح قال ولا يعتبر السير في الماء
معناه لا يعتبر بالسير في البر فأما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر
في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الأربع والقصر رخصة اعتبارا
بالصوم ولنا أن الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذه آية النافلة بخلاف الصوم
لأنه يقضى قال وإن صلى أربعا وقعد في الثانية قدر التشهد أجزأته ركعتان عن فرضه و
الأخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وإن لم يقعد في الثانية قدرها
بطلت لاختلاط النافلة بها قبل إكمال أركانها قال وإذا فارق المسافر بيوت المصر صلى
ركعتين لأن الإقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الأثر لو جاوزنا هذا
الخص لقصرنا قال ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الإقامة في بلدة أو قرية خمسة عشر يوما أو
أكثر وإن نوى أقل من ذلك قصر لأنه لا بد من اعتبار مدة لأن السفر يجامعه اللبث فقدرناها
بمدة الطهر لأنهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر والأثر في مثله كالخبر
والتقييد بالبلدة والقرية يشير إلى أنه لا يصح فيه الإقامة في المفازة وهو الظاهر قال

ولو دخل مصرا على عزم أن يخرج غدا أو بعد غد ولم ينو مدة الإقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر
لأن ابن عمر رضي الله عنه أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك
قال وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الإقامة بها قصروا وكذلك إذا حاصروا فيها مدينة أو
حصنا لأن الداخل بين أن يهزم فيقر وبين أن ينهزم فيفر فلم تكن دار إقامة وكذا إذا حاصروا أهل
البغي في دار الإسلام في غير مصر أو حاصروهم في البحر لأن حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر يصح في الوجهين
إذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند أبي يوسف رحمه الله يصح إذا كانوا في بيوت المدر لأنه
موضع إقامة قال ونية الإقامة من أهل الكلأ وهم أهل الأخبية قيل لا تصح والأصح أنهم مقيمون يروى
ذلك عن أبي يوسف لأن الإقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى قال وإن اقتدى المسافر بالمقيم
في الوقت أتم أربعا لأنه يتغير فرضه إلى أربع للتبعية كما يتغير بنية الإقامة لاتصال المغير بالسبب
وهو الوقت قال وإذا دخل معه في فائتة لم تجزه لأنه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير
بنية الإقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة قال وإن صلى المسافر بالمقيمين
ركعتين سلم وأتم المقيمون صلاتهم لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق
إلا أنه لا يقرأ في الأصح لأنه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق
لأنه أدرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الإتيان أولى قال ويستحب للإمام إذا سلم أن يقول أتموا
صلاتكم فإنا قوم سفر لأنه عليه السلام قاله حين صلى بأهل مكة وهو مسافر قال وإذا دخل المسافر
مصره أتم الصلاة وإن لم ينو الإقامة فيه لأنه عليه السلام وأصحابه كانوا يسافرون ويعودون إلى أوطانهم
مقيمين من غير عزم جديد قال ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر ودخل وطنه
الأول قصر لأنه لم يبق وطنا له ألا ترى أنه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين
وهذا لأن الأصل أن الوطن الأصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الإقامة يبطل بمثله وبالسفر
وبالأصلي قال وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلاة لأن اعتبار النية
في الموضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لأن السفر لا يعرى عنه إلا إذا نوى أن يقيم
بالليل في أحدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لأن إقامة المرء تضاف إلى مبيته قال ومن فاتته صلاة
في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر أربعا لأن القضاء بحسب الأداء
والمعتبر في ذلك آخر الوقت لأنه المعتبر في السببية عند عدم الأداء قال والعاصي والمطيع في سفرهما
في الرخصة سواء وقال الشافعي سفر المعصية لا يفيد الرخصة لأنها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب

بالوجوب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

قال ولا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار البلخي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير قال ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره قال ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة به وردت السنة قال ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث قال ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالاذان قال ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة قال فان اقتصر على ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى قال ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم قال وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء استقبل الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة

صلى الجمعة وان نفروا بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر وهو يقول انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليست بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان والصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة قال ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام قال ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بالطريق الاولى قال ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف قال فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها قال ويكره ان يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع الشرائط قال ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادركه وبنى عليه الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رحمه الله ان ادرك اكثر الركعة الثانية بنى عليها وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين

اعتبارًا للجمعة ويقرأ في الأخريين لاحتمال النفلية، ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط
نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبني احدهما على تحريمة الآخر قال واذا خرج
الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من الخطبة، قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال
بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانها قد تمتد، ولابي حنيفة قوله عليه السلام اذا
خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل، ولان الكلام قد يمتد طبعًا فاشبه الصلوة قال
واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله وذروا البيع قال واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي
المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد النبي عليه السلام الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر
في وجوب السعي وحرمة البيع، والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام

باب العيدين

قال وتجب صلوة العيد على كل من تجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير
عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال
رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام عليها، وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي
عقيب سؤاله هل علي غيرهن فقال لا الا ان تطوع، والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة
قال ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب
لما روي انه عليه السلام كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين
ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام
كان له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد قال ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير
ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى وعندهما
يكبر اعتبارًا بالاضحى، وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير
ولا كذلك الفطر قال ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عليه السلام لم يفعل مع شدة
حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة، وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام
لم يفعله قال فاذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت
الشمس خرج وقتها لان النبي عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين

ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج الى المصلى من الغد قال ويصلي الامام بالناس
ركعتين يكبر في الاولى تكبيرة الافتتاح وثلاثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة
يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلاثا وتكبيرة رابعة يركع بها وهذا
قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية
يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لامر بنيه
الخلفاء، فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ
بالاقل اولى ثم التكبيرات من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها
بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق، وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب
الضم اليها، والشافعي اخذ بقول ابن عباس الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت
التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى
تكبيرة الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد
وعن ابي يوسف انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه قال ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد
النقل المستفيض يعلم الناس فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله قال
ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم
بالمنفرد قال فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا
تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث قال فان حدث عذر يمنع من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده
لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني
عند العذر قال ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من
الصلوة لما روي انه عليه السلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته قال ويتوجه
الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب
بعدها خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبيرات التشريق
لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه قال فان حدث عذر يمنع من الصلوة في يوم
الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد
بايامها لكنه مسيء في التأخير بغير عذر لمخالفة المنقول قال والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء
وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبهًا بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف

عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

قال ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يختم عقيب العصر من آخر ايام التشريق والمسألة مختلفة بين الصحابة فأخذا بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات وأخذ بقول ابن مسعود اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه قال وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل ولا على جماعة المسافرين اذا لم يكن معهم مقيم وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

قال واذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي رحمه الله ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنهما والحال اكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الآخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة انه عليه السلام جهر فيهما وله رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهما والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء قال ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه السلام اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله تعالى بالدعاء والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة قال وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رأيتم من هذه الاهوال شيئا فافزعوا الى الصلوة قال وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل والله اعلم

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا الآية ورسول الله عليه السلام استسقى ولم يرو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي انه عليه السلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده قال ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي انه عليه السلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال وهذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم أرديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة والله اعلم

باب صلوة الخوف

قال واذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون واللاحق لا يقرأ وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنهما انه عليه السلام صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا قال وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي انه عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حالة الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم لانه عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد رحمه الله انهم يصلون بالجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب صلوة الجنائز

قال واذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في [illegible]

الاستلقاء لأنه أيسر لخروج الروح والأول هو السنة ويلقن الشهادة لقوله عليه السلام
لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله والمراد الذي قرب من الموت فإذا مات شدّ
لحياه وغمض عيناه وبذلك جرى التوارث ثم يعجل بتجهيزه

فصل في الغسل

وإذا أرادوا غسله وضعوه على سريره لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة
إقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم
التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة واستنشاق لأن الوضوء سنة الاغتسال غير أن
إخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحياة ويجمر سريره
وترا لما فيه من تعظيم الميت وإنما يوتر لقوله عليه السلام إن الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى
الماء بالسدر أو بالحرض مبالغة في التنظيف فإن لم يكن فالماء القراح لحصول المقصود
ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون أنظف ثم يضجع على شقه الأيسر فيغسل بالماء
والسدر حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الأيمن حتى يرى
أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه لأن السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده إليه
ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فإن خرج منه شيء غسله ولا يعيد
غسله ولا وضوءه لأن الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا
يبتل أكفانه ويجعله أي الميت في أكفانه ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته والكافور على
مساجده لأن التطيب سنة والمساجد أولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت و
لا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولأنه
من الأشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ
تحته وصار كالختان

فصل في التكفين

السنة أن يكفن الرجل في ثلاثة أثواب إزار
وقميص ولفافة لما روي أنه عليه السلام كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ولأنه أكثر
ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته فإن اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان إزار
ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول أبي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني
فيهما ولأنه أدنى لباس الأحياء والإزار من القرن إلى القدم واللفافة كذلك و
القميص من أصل العنق إلى القدم فإن أرادوا لف الكفن ابتدؤوا بجانبه الأيسر فلفوه
عليه ثم بالأيمن كما في حال الحياة وبسطه أن تبسط اللفافة ثم يبسط عليها الإزار

ثم يقمص الميت ويوضع على الإزار ثم يعطف الإزار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم
اللفافة كذلك وإن خافوا أن ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن الكشف قال وتكفن
المرأة في خمسة أثواب درع وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها فوق ثدييها لحديث
أم عطية أنه عليه السلام أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب ولأنها تخرج فيها حالة
الحياة فكذا بعد الممات وهذا بيان كفن السنة فإن اقتصروا على ثلاثة أثواب جاز وهي
ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره أقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب
واحد إلا في حالة الضرورة لأن مصعب بن عمير رضي الله عنه حين استشهد كفن في ثوب
واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على
صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال وتجمر الأكفان قبل
أن يدرج فيها وترا لأنه عليه السلام أمر بإجمار أكفان ابنته وترا والإجمار التطييب
فإذا فرغوا منه صلوا عليه لأنها فريضة

فصل في الصلاة على الميت

وأولى الناس
بالصلاة على الميت السلطان إذا حضر لأن في التقدم عليه ازدراء به فإن لم يحضر فالقاضي لأنه
صاحب ولاية فإن لم يحضر فيستحب تقديم إمام الحي لأنه رضيه في حال حياته قال ثم الولي والأولياء
على الترتيب المذكور في النكاح فإن صلى غير الولي والسلطان أعاد الولي يعني إن شاء لما ذكرنا أن
الحق للأولياء وإن صلى لم يجز لأحد أن يصلي بعده لأن الفرض يتأدى بالأول والتنفل بها
غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا عن آخرهم الصلاة على قبر النبي عليه السلام وهو اليوم
كما وضع قال وإن دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لأنه عليه السلام صلى على قبر امرأة من
الأنصار ويصلى عليه قبل أن يتفسخ والمعتبر في ذلك أكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان
والمكان قال والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة أخرى يصلي على النبي
عليه السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر تكبيرة الرابعة ويسلم
لأنه عليه السلام كبر أربعا في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها قال ولو كبر الإمام خمسا لم يتابعه
المؤتم خلافا لزفر رحمه الله لأنه منسوخ بما روينا وينتظر تسليم الإمام في رواية هو المختار ويأتي
بالدعوات استغفارا للميت والبداية بالثناء ثم بالصلاة لأنه سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي
ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا أجرا وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا قال ولو كبر
الإمام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر أخرى بعد حضوره عندهما وقال أبو يوسف

يكبر حين يكبر لأن الأولى للافتتاح والمسبوق يأتي به ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة
والمسبوق لا يبتدئ بما فاته إذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الإمام لا ينتظر الثانية
بالاتفاق لأنه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لأنه موضع
القلب وفيه نور الإيمان فيكون القيام عنده إشارة إلى الشفاعة لإيمانه وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لأن أنسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال
هو السنة قلنا تأويله أن جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فإن صلوا على جنازة
ركبانا أجزأهم في القياس لأنها دعاء وفي الاستحسان لا تجزيهم لأنها صلاة من وجه لوجود
التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالإذن في صلاة الجنازة لأن التقدم حق
الولي فيملك إبطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالأذان أي الإعلام وهو أن يعلم بعضهم
بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه السلام من صلى على جنازة في المسجد
فلا أجر له ولأنه بني لأداء المكتوبات ولأنه يحتمل تلويث المسجد وفيما إذا كان الميت خارج المسجد
اختلاف المشايخ قال ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلام إذا استهل
المولود صلي عليه وإن لم يستهل لم يصل عليه ولأن الاستهلال دلالة الحياة فيتحقق في حقه
سنة الموتى وإن لم يستهل أدرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل
في غير الظاهر من الرواية لأنه نفس من وجه وهو المختار قال وإذا سبي صبي مع أحد أبويه
ومات لم يصل عليه لأنه تبع لهما إلا أن يقر بالإسلام وهو يعقل لأنه صح إسلامه استحسانا أو
يسلم أحد أبويه لأنه يتبع خير الأبوين دينا وإن لم يسب معه أحد أبويه صلي عليه لأنه ظهرت
تبعية الدار فحكم بالإسلام كما في اللقيط قال وإذا مات الكافر وله ولي مسلم فإنه يغسله
ويكفنه ويدفنه بذلك أمر علي رضي الله عنه في حق أبيه أبي طالب لكن يغسل غسل الثوب
النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه
بل يلقى

فصل في حمل الجنازة

قال وإذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الأربع بذلك
وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الإكرام والصيانة عن السقوط وقال الشافعي رحمه الله السنة أن
يحملها رجلان يضعها السابق على أصل عنقه والثاني على أعلى صدره لأن جنازة سعد بن معاذ
رضي الله عنه هكذا حملت قلنا وكان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون بها مسرعين دون الخبب لأنه عليه السلام
سئل عنه فقال ما دون الخبب قال وإذا بلغوا إلى قبره يكره أن يجلسوا قبل أن يوضع عن أعناق

قوله باثر أي بجرح أو بخروج الدم من عينه أو أذنه لأن الدم لا يخرج منهما عادة إلا بجرح [illegible]

الرجال لأنه قد تقع الحاجة إلى التعاون والقيام أمكن منه وكيفية الحمل أن تضع مقدم الجنازة
على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك إيثارا للتيامن
وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن

قال ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق
لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي رحمه الله فإن عنده يسل سلا لما روي أنه عليه السلام
سل سلا ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الإدخال منه واضطربت الروايات في إدخال النبي
عليه السلام قال فإذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قال رسول الله
عليه السلام حين وضع أبا دجانة رضي الله عنه في القبر ويوجه إلى القبلة بذلك أمر رسول الله عليه السلام
ويحل العقدة لوقوع الأمن من الانتشار ويسوى اللبن على اللحد لأنه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره اللبن
ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لأن مبنى حالهن على الستر
ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لأنهما لإحكام البناء والقبر موضع
البلى ثم بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن
والقصب لأنه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح
أي لا يربع لأنه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عليه السلام أخبر أنه مسنم

باب الشهيد

قال الشهيد من قتله المشركون أو وجد في المعركة وبه أثر أو قتله
المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لأنه في معنى شهداء أحد
وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل بالحديد ظلما
وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالأثر الجراحة لأنه
دليل القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي رحمه الله يخالفنا
في الصلاة ويقول السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلاة على الميت
لإظهار كرامته والشهيد أولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي عليه السلام
والصبي قال ومن قتله أهل الحرب أو أهل البغي أو قطاع الطريق فبأي شيء قتلوه لم يغسل لأن
شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح قال وإذا استشهد الجنب غسل عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يغسل لأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولأبي حنيفة رحمه الله
أن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح أن حنظلة رضي الله عنه لما استشهد
جنبا غسلته الملائكة صلوات الله عليهم وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء إذا طهرتا وكذا قبل

الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة
وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب
للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا
وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن و
يزيدون وينقصون ما شاؤوا اتماما للكفن قال ومن ارتث غسل والمرتث من صار خلقا
في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء
احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة حيا
لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم خوفا
من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة
ولو آواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل
فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه
وهذا مروي عن ابي يوسف ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان مرتثا عنده لانه ارتفاق
وعند محمد رحمه الله لا يكون مرتثا لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر
غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما
لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا واما في العقبى
وعندهما ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله ومن قتل في حد او
قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد
بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم قال ومن قتل من البغاة
او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

قال الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي رحمه الله فيهما و
لمالك رحمه الله في الفرض لانه عليه السلام صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت
شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط قال فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل
بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة
التحري قال ومن جعل ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه قال واذا صلى الامام في
المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة
من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند
اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رحمه الله لان الكعبة
هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا يرى انه لو صلى
على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد
النهي عن النبي عليه السلام عنه

كتاب الزكوة

قال الزكوة واجبة على الحر العاقل
البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى
وآتوا الزكوة ولقوله عليه السلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب
الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والعقل والبلوغ لما نذكره
والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق العبادة من الكافر ولا بد من ملك مقدار
النصاب لانه عليه السلام قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء
وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن
من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم
عليه ثم قيل هي واجبة على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت
الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط قال وليس على الصبي والمجنون زكوة
خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار
كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا
اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذلك الغالب في العشر معنى المؤنة
ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب
زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده
ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رحمه الله تجب لتحقق السبب وهو
ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش
وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه
عن الحاجة والمراد دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين

الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما
ولابي يوسف رحمه الله في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة
فان الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة
وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم
لاهلها والات المحترفين لما قلنا ومن كان له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه
لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر
والشافعي ومن جملته المال المفقود والابق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر
والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب
الابق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب
كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء
الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب
بالاجماع لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ رحمهم الله ولو كان
الدين على مقر مليء او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا
لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان الدين على مقر مفلس فهو نصاب
عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رحمه الله لا تجب لتحقق الافلاس عنده
بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رحمه الله في حكم الزكوة رعاية لجانب
الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل
وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها
زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير
المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل
بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل منه ولو ملكه بالهبة او الوصية او النكاح او الصلح عن القود
او الخلع ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رحمه الله لاقترانها بالعمل وعند محمد رحمه الله لا يصير
للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على العكس ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة
للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران
الا ان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق

بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه
فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد رحمه الله لان الواجب
شائع في الكل وعند ابي يوسف رحمه الله لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب
بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

قال ليس في اقل من خمس ذود من الابل
صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا
ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة
فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها
بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت
لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي
التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة
الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى
وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان
وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة
وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة
ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون
فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف الفريضة ابدا كما تستأنف
في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا زادت على مائة وعشرين
واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب
على الاربعينات والخمسينات فتجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون
من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه السلام كتب في اخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من
ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

قال ليس في اقل من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها
الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في
الثالثة بهذا امر رسول الله عليه السلام معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك

الى ستين عند ابي حنيفة رحمه الله ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة
وفي الثلاث ثلاثة ارباع عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص
هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان
مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا شيء في الزيادة حتى يبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه
لا تأخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد بها
الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين
ثلاثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرة من تبيع الى مسنة
ومن مسنة الى تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلاثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة
والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه
في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم بقر

فصل في الغنم

قال ليس في اقل من اربعين
من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين
فان زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه فاذا بلغت
اربع مائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله عليه السلام وفي كتاب
ابي بكر الصديق رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء لان لفظة الغنم شاملة للكل والنص
ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه
اكثرها وعن ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثنية
ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة
الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز و
جواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث
لان اسم الشاة ينتظمهما وقال عليه السلام في اربعين شاة شاة

فصل في الخيل

قال اذا كانت الخيل سائمة
ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى عن كل مائتي درهم
خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم
في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتأويل
ما روياه فرس الغازي وهذا هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور

عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية
وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة ايضا
ولا شيء في البغال والحمير لقوله عليه السلام لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان تكون
للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة

فصل

قال وليس في الفصلان والحملان
والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا آخر اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها
ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف
رحمه الله وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق
النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع
ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها
نصابا دون تأدية الزكوة ثم عند ابي يوسف رحمه الله لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون
الثلاثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت
مسانا يثنى الواجب ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثلث الواجب ولا يجب
فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا
الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل وسط والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة
شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه مسن فلم يوجد اخذ المصدق
اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة
جائز عندنا على ما نذكره ان شاء الله تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او
بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة
عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا
للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون
ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه
القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا
لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلام ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقرة المثيرة صدقة
ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم
المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول

او اكثر كانت علوفة لان القليل تبع للاكثر ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط
لقوله عليه السلام لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها
ولان فيه نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه
به وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح
لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح
لان عندها يتعسر التمييز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير
قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر رحمهما الله فيهما
حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر
رحمهما الله يسقط بقدره لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما
قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ عشرا وهكذا
قال في كل نصاب ونفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا
الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم
الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف يصرف الى العفو
اولا ثم الى النصب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لم يثن عليهم لان الامام
لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة
والزكوة مصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه
وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب
في سائمته شيء وعلى المراة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يوخذ من المسلمين
ويوخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة وقال
الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه
بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك
محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد
طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك
البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى
بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود

ويجوز لذي نصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر رحمه الله لان النصاب الاول هو الاصل في السببية
والزائد عليه تابع له والله اعلم **باب زكوة المال فصل في الفضة قال** ليس فيما دون
مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا
كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ
من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ولا شيء في الزيادة
حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في حديث علي
رضي الله عنه وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب
في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
في حديث معاذ رضي الله عنه لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين
صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة
وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه
واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض
يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل الغش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير
فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وستذكره في الصرف ان شاء الله تعالى
الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ
نصابا لانه لا تعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة **فصل في الذهب قال** ليس فيما دون عشرين
مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون
كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب
ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع
فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما **قال** وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما
الزكوة وقال الشافعي رحمه الله لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه
ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل
هو المعتبر بخلاف الثياب **فصل في العروض قال** الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا

ويتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لأنه حالة البقاء بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول لانعدام النصاب في الجملة ولا كذلك المسألة الأولى لأن بعض النصاب باق فيبقى الانعقاد صح

بلغت قيمتها نصابا من الورق أو الذهب لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم
ولأنها معدة للاستنماء بإعداد العبد فأشبه المعد بإعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الإعداد
ثم قال يقومها بما هو أنفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله
وفي الأصل خيره لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء وتفسير الأنفع أن يقومها بما يبلغ نصابا وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه يقومها بما اشترى إن كان الثمن من النقود لأنه أبلغ في معرفة المالية وإن اشتراها
بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد رحمه الله أنه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب
والمستهلك وإذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة لأنه يشق
اعتبار الكمال في أثنائه أما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتضم قيمة العروض إلى الذهب والفضة
لأن الوجوب في الكل باعتبار التجارة وإن افترقت جهة الإعداد ويضم الذهب إلى الفضة للمجانسة
من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بالأجزاء وهو رواية
عنه حتى إن من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكاة عنده
خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكاة في مصوغ وزنه أقل من مائتي درهم
وقيمته فوقها هو يقول إن الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها والله أعلم

باب فيمن يمر على العاشر

قال وإذا مر على العاشر بمال فقال أصبته منذ أشهر
أو علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الإمام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن أنكر
تمام الحول أو الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا إذا قال
أديت إلى عاشر آخر ومراده إذا كان في تلك السنة عاشر آخر لأنه ادعى وضع الأمانة موضعها بخلاف ما
إذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لأنه ظهر كذبه بيقين وكذا إذا قال أديت أنا يعني إلى الفقراء
في المصر لأن الأداء كان مفوضا إليه فيه وولاية الأخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقات السوائم
في ثلاثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما إذا قال أديت بنفسي إلى الفقراء في المصر لا يصدق وإن حلف وقال
الشافعي رحمه الله يصدق لأنه أوصل الحق إلى المستحق ولنا أن حق الأخذ للسلطان فلا يملك إبطاله
بخلاف الأموال الباطنة ثم قيل الزكاة هو الأول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والأول ينقلب نفلا
وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة لم يشترط إخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه
في الأصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب إبرازها وجه الأول
أن الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لأن ما يؤخذ منه ضعف

ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي إلا في الجواري يقول هن
أمهات أولادي لأن الأخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج إلى الحماية غير أن إقراره بنسب من
في يده منه صحيح فكذا بأمية الولد لأنها تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والأخذ لا يجب إلا من المال
ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا أمر عمر رضي الله عنه سعاته و
إن مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها لأن الأخذ منهم بطريق
المجازاة بخلاف المسلم والذمي لأن المأخوذ زكاة أو ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي
كتاب الزكاة لا نأخذ من القليل وإن كانوا يأخذون منا لأن القليل لم يزل عفوا ولأنه لا يحتاج إلى
الحماية وإن مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فإن أعياكم
فالعشر وإن علم أنهم يأخذون منا ربع العشر أو نصف العشر نأخذ بقدره وإن كانوا يأخذون
الكل لا نأخذ الكل لأنه غدر وإن كانوا لا يأخذون أصلا لا نأخذ ليتركوا الأخذ من تجارنا ولأنا
أحق بمكارم الأخلاق قال وإن مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة أخرى لم يعشره حتى يحول عليه
الحول لأن الأخذ في كل مرة استئصال المال وحق الأخذ لحفظه ولأن حكم الأمان الأول باق وبعد
الحول يتجدد الأمان لأنه لا يمكن من المقام إلا حولا والأخذ بعده لا يستأصل المال وإن عشره فرجع إلى
دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره أيضا لأنه رجع بأمان جديد وكذا الأخذ بعده لا يفضي إلى
الاستئصال وإن مر ذمي بخمر أو خنزير عشر الخمر ولم يعشر الخنزير وقوله عشر الخمر أي من قيمتها وقال
الشافعي رحمه الله لا يعشرهما لأنه لا قيمة لهما وقال زفر رحمه الله يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم
وقال أبو يوسف رحمه الله يعشرهما إذا مر بهما جملة كأنه جعل الخنزير تبعا للخمر فإن مر بكل واحد على الانفراد
عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر أن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها
وفي ذوات الأمثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولأن حق الأخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا
يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالإسلام فكذا لا يحميه على غيره ولو مر صبي أو امرأة من
بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على عاشر بمائة
درهم وأخبره أن له في منزله مائة أخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته
لم يدخل تحت حمايته فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لأنه غير مأذون بأداء زكوتها قال و
كذا المضاربة يعني إذا مر المضارب به وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يعشرها لقوة حق
المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعدما صار عروضا فنزل منزلة المالك

ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه في الأداء إلا أن يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لأنه مالك له وإن مر عبد مأذون بمائتي درهم وليس عليه دين عشره قال أبو يوسف لا أدري أن أبا حنيفة رجع عن هذا أم لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما أنه لا يعشره لأن الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما أن العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج إلى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا في العبد وإن كان مولاه معه يؤخذ منه لأن الملك له إلا إذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك أو للشغل ومن مر على عاشر الخوارج في أرض قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه إذا مر على عاشر أهل العدل لأن التقصير من جهته حيث مر عليه

باب في المعادن والركاز

قال معدن ذهب أو فضة أو حديد أو رصاص أو صفر وجد في أرض خراج أو عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد إلا إذا كان المستخرج ذهبا أو فضة فيجب فيه الزكاة ولا يشترط الحول في قول لأنه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولأنها كانت في أيدي الكفرة وحوتها أيدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لأنه لم يكن في يد أحد إلا أن للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر وأما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في أربعة الأخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لإطلاق ما روينا وله أنه من أجزاء الأرض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الأجزاء فكذا في هذا الجزء لأن الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لأنه غير مركب فيه فإن وجده في أرضه فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان ووجه الفرق على إحداهما وهو رواية الجامع الصغير أن الدار ملكت خالية عن المؤن دون الأرض ولهذا وجب العشر والخراج في الأرض دون الدار فكذا هذه المؤنة وإن وجد ركازا أي كنزا وجب فيه الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الإثبات ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم إن وجده في أرض مباحة فأربعة أخماسه للواجد لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين

فيختص هو به وإن وجده في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف رحمه الله لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح لأنه سبقت يده إليه وهي يد الخصوص فيملك بها ما في الباطن وإن كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لأنه مودع فيها بخلاف المعدن لأنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك يعرف في الإسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لأنه هو الأصل وقيل يجعل إسلاميا في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وإن وجده في الصحراء فهو له لأنه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لأنه بمنزلة متلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول أبي حنيفة آخرا خلافا لأبي يوسف ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ منه غنيمة وإن كان ذهبا أو فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في أرض لا مالك لها لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال أبو حنيفة رحمه الله في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر سواء سقي سيحا أو سقته السماء إلا القصب والحطب والحشيش وقالا لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله عليه السلام وليس في الخضراوات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الأول قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولأنه صدقة فيشترط النصاب فيه ليتحقق الغنى ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ما أخرجته الأرض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما روياه زكوة التجارة لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لأنه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على

صدقة يأخذها العاشر وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله ولأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى و
السبب هي الأرض النامية ولهذا يجب فيها الخراج أما الحطب والقصب والحشيش لا تستنبت
في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها مقصبة أو مشجرة أو منبتة للحشيش
يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي وأما قصب السكر وقصب الذريرة
ففيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال الأرض بخلاف السعف والتبن لأن المقصود
الحب والتمر دونهما قال وما سقي بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر على
القولين لأن المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بالسماء أو سيحا وإن سقي سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر
السنة كما مر في السائمة وقال أبو يوسف رحمه الله فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر إذا
بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يوسق كالذرة في زماننا لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت
قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد رحمه الله يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما
يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة أمناء
لأن التقدير بالوسق كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوعه وفي العسل العشر إذا أخذ من
أرض العشر وقال الشافعي لا يجب لأنه متولد من الحيوان فأشبه الإبريسم ولنا قوله عليه السلام
في العسل العشر ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما
بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر فيه القيمة
كما هو أصله وعنه أنه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة أنهم كانوا يؤدون
إلى رسول الله عليه السلام كذلك وعنه خمسة أمناء وعن محمد رحمه الله خمسة أفراق كل فرق
ستة وثلثون رطلا لأنه أقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال
من العسل والثمار ففيه العشر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب لانعدام السبب وهو الأرض
النامية وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء أخرجته الأرض مما فيه العشر
لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة البقر لأن النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت
المؤنة فلا معنى لرفعها قال تغلبي له أرض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك
بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وعن محمد رحمه الله أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا
واحدا لأن الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها
عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر على العاشر وكذا إذا اشتراها منه مسلم

أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان التضعيف أصليا أو حادثا لأن التضعيف صار وظيفة لها
فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج وقال أبو يوسف رحمه الله يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف
قال في الكتاب وهو قول محمد رحمه الله فيما صح عنه قال رضي الله عنه اختلفت النسخ في بيان قوله والأصح أنه
مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف إلا أن قوله لا يتأتى في الأصلي لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده
لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الأرض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها
فعليه الخراج عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أليق بحال الكافر وعند أبي يوسف رحمه الله عليه العشر مضاعفا ويصرف
مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا أهون من التبديل وعند محمد رحمه الله هي عشرية على حالها
لأنه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات وفي رواية يصرف
مصارف الخراج فإن أخذها منه مسلم بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية
كما كانت أما الأول فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم وأما الثاني فلأنه
بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ولأن حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه
مستحق الرد وإذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه إذا سقاه بماء
العشر وأما إذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس على
المجوسي في داره شيء لأن عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا وإن جعلها بستانا فعليه الخراج وإن سقاها
بماء العشر لتعذر إيجاب العشر إذ فيه معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما
رحمهما الله يجب العشر في الماء العشري إلا أن عند محمد رحمه الله عشرا واحدا وعند أبي يوسف رحمه الله عشران
وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد
والماء الخراجي ماء الأنهار التي شقها الأعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد
رحمه الله لأنه لا يحميه أحد كالبحار وخراجي عند أبي يوسف رحمه الله لأنه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد
عليها وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل التغلبي يعني العشر المضاعف في العشرية
والخراج الواحد في الخراجية لأن الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي و
المرأة إذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك إذا كانا منهم وليس في عين القير والنفط في
أرض العشر شيء لأنه ليس من أنزال الأرض وإنما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في أرض الخراج خراج
وهذا إذا كان حريمها صالحا للزراعة لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة باب من يجوز
دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز الأصل فيه قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء الآية فهذه ثمانية أصناف

وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى أعز الإسلام وأغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الإجماع والفقير
من له أدنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وقد قيل على العكس ولكل وجه
ثم هما صنفان أو صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى والعامل يدفع إليه الإمام
إن عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي رحمه الله لأن استحقاقه بطريق
الكفاية ولهذا يأخذه وإن كان غنيا إلا أن فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها
لقرابة الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة
في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك رقابهم وهو المنقول والغارم من لزمه دين
ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي رحمه الله الغارم من تحمل غرامة في إصلاح ذات البين
وإطفاء الثائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند أبي يوسف رحمه الله لأنه المتفاهم عند الإطلاق
وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج لما روي أن رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فأمره رسول الله عليه السلام
أن يحمل عليه الحاج ولا يصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا لأن المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له
مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه قال فهذه جهات الزكوة وللمالك أن يدفع الزكوة
إلى كل واحد منهم وله أن يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلثة
من كل صنف لأن الإضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا أن الإضافة لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق
وهذا لما عرف أن الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي
ذهبنا إليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولا يجوز أن يدفع الزكوة إلى ذمي لقوله عليه السلام
لمعاذ رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردها إلى فقرائهم ويدفع إليه ما سوى ذلك من الصدقة
وقال الشافعي رحمه الله لا يدفع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عليه السلام
تصدقوا على أهل الأديان كلها ولولا حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها
مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لأن قضاء دين
الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت ولا يشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك رحمه الله حيث ذهب
في تأويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا أن الإعتاق إسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع إلى غني
لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في غني الغزاة وكذا حديث
معاذ رضي الله عنه على ما روينا قال ولا يدفع المزكي زكوته إلى أبيه وجده وإن علا ولا إلى ولده وولد
ولده وإن سفل لأن منافع الأملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا إلى امرأته للاشتراك

قال ابن عباس بأي صنف صرفت أجزأك

في المنافع عادة ولا تدفع المرأة إلى زوجها عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا تدفع إليه لقوله عليه السلام
لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله عنه وقد سألته عن التصدق عليه
قلنا هو محمول على النافلة ولا يدفع إلى مدبره ومكاتبه وأم ولده لفقدان التمليك إذ كسب المملوك
لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا إلى عبد قد أعتق بعضه عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع إليه لأنه حر مديون عندهما ولا يدفع إلى مملوك غني لأن
الملك واقع لمولاه ولا إلى ولد غني إذا كان صغيرا لأنه يعد غنيا بمال أبيه بخلاف ما إذا كان كبيرا فقيرا
لأنه لا يعد غنيا بيسار أبيه وإن كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لأنها إن كانت فقيرة
لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا تدفع إلى بني هاشم لقوله عليه السلام يا بني هاشم
إن الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لأن المال
هنا كالماء يتدنس بإسقاط الفرض أما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل علي وآل عباس
وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم أما هؤلاء فلأنهم
ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة إليه وأما مواليهم فلما روي أن مولى لرسول الله
صلى الله عليه وسلم سأله أتحل لي الصدقة فقال لا أنت مولانا بخلاف ما إذا أعتق القرشي عبدا نصرانيا
حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لأنه القياس والإلحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة
قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا دفع الزكوة إلى رجل يظنه فقيرا ثم بان أنه غني أو هاشمي أو كافر أو
دفع في ظلمة فبان أنه أبوه أو ابنه فلا إعادة عليه وقال أبو يوسف رحمه الله عليه الإعادة لظهور خطائه
بيقين وإمكان الوقوف على هذه الأشياء فصار كالأواني والثياب ولهما حديث معن بن
يزيد فإنه عليه السلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت وقد دفع إليه وكيل أبيه
صدقته ولأن الوقوف على هذه الأشياء بالاجتهاد دون القطع فيبتنى الأمر فيها على ما يقع عنده
كما إذا اشتبهت عليه القبلة وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير الغني أنه لا يجزيه والظاهر هو الأول وهذا إذا
تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه مصرف أما إذا شك فلم يتحر أو تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه ليس بمصرف لا يجزيه
إلا إذا علم أنه فقير هو الصحيح ولو دفع إلى شخص ثم علم أنه عبده أو مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك
لعدم أهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة إلى من يملك نصابا من أي مال كان لأن الغنى
الشرعي مقدر به والشرط أن يكون فاضلا عن الحاجة الأصلية وإنما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها
إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحا مكتسبا لأنه فقير والفقراء هم المصارف ولأن حقيقة الحاجة

على البناء للمفعول وصورة المسئلة [illegible] أعتق أحدهما نصيبه وهو معسر لو دفع الشريك الساكت الزكوة إليه لا يجوز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما [illegible] على البناء للفاعل على صورة المسئلة [illegible]

روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز دفع الزكوة إلى الهاشمي [illegible] وإنما كان لا يجوز في ذلك الوقت [illegible] بالعوض وهو خمس الخمس [illegible]

[illegible] الصدقة [illegible] التطوع [illegible] التبرد بالماء [illegible] التطهير

[illegible]

[illegible]

لا توقف عليه فادير الحكم على دليله وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا
وان دفع جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا
ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان يغني بها
انسانا احب الي معناه الاغناء عن السؤال في يومه لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل
الزكوة من بلد الى بلد آخر وانما تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ رضي الله عنه
وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه
من الصلة او زيادة دفع الحاجة وان نقل الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها لان المصرف مطلق
الفقراء بالنص **باب صدقة الفطر** قال صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان
مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها
فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير ذكر او انثى نصف صاع من بر
او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري
وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة
واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله تجب على من
يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى في الشرع به
فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم
ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة ويخرج
ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر و
الانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانها تضاف اليه
يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا تتعدد
بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو
في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا
اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
خلافا لمحمد رحمه الله لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية
والمؤنة فانه لا يليه في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار
وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا

لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي
المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي
رحمه الله فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها
على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثني والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما
لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما
يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل منهما ويؤدي
المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس
رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب
قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الوجوب عنده على العبد وهو
ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما
بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر رحمه الله
على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي رحمه الله على من له الملك لانه من وظائفه
كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت
الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة
الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف **فصل في مقدار
الواجب ووقته** قال الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب
او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي رحمه الله من جميع ذلك
صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولنا ما رويناه وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم
اجمعين وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان
في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما بجميع اجزائه
ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة ولهذا يظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده
من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكالشعير والاولى ان يراعى فيهما

القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب
اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة وهو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما
يروى عن ابي حنيفة رحمه الله وعن محمد انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق
فيما يروى عن ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني لانه ادفع للحاجة واعجل به
وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي
والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف رحمه الله خمسة ارطال وثلث
رطل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام
كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه
وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر
من يوم الفطر وقال الشافعي رحمه الله بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد
ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده
له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص واختصاص الفطر باليوم دون
الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لانه عليه السلام كان
يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك
بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة
ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها
لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية

كتاب الصوم

الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين
فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي رحمه الله
لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا
يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه
ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره
ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول
لفقد النية فسد الباقي ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزى عنده ولنا قوله عليه السلام بعدما
شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم وما رواه محمول على

نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل حتى لو نوى في نصف النهار انه صائم من حين
نوى لا من اول اليوم لا يصير صائما ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة
المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة
جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء
لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت
جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه
لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى الضحوة الكبرى لا وقت الزوال فتشترط
النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رحمه الله لانه لا تفصيل فيما
ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر
وقال الشافعي رحمه الله في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض
فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب بمطلق النية كالمتوحد في الدار يصاب
باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة
فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان
الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا صام المريض
والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان
الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت الى الاهم
قال والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل
لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك
رحمه الله فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعدما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم
ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما
ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجز عنده
لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا
يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية
باكثره

فصل في رؤية الهلال

قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع و
العشرين من شعبان فان رأوه صاموا وان غم عليهم الهلال اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما

ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة
شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم
الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا و
هذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب
لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان
ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب اخر
وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه
لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب
وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم
بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة هاهنا لصورة النهي
والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يكره على
سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين
الحديث التقدم على رمضان بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه
فالصوم افضل بالاجماع وكذلك اذا صام ثلثة من اخر الشهر فصاعدا فان افرده فقد قيل
الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما
فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى
وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم
غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما
لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غداء افطر وان لم يجد يصوم
والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان
من شعبان فعن واجب اخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من
رمضان اجزأه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب اخر لان
الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه
فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه
ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزأه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز

عن نفله

عن نفله لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه
قال ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا
لرؤيته وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة
ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا
ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة
تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل
هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك
في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال واذا كان
بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة
حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة
الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل
قول الطحاوي رحمه الله عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه
وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية
لانه خبر ديني محض وعن ابي حنيفة رحمه الله انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان
الشافعي رحمه الله في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام
قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا
ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله للاحتياط ولان الفطر لا يثبت
بشهادة الواحد وعن محمد رحمه الله انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضان
بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت
بشهادة القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم
بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا
كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض
النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق
بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء
من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع

في المصر ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطاً وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب
وإذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأنه
تعلق به نفع العبد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقه والأضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو
الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كهلال رمضان لأنه تعلق به نفع العباد وهو التوسع
بلحوم الأضاحي وإن لم تكن بالسماء علة لم تقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا
ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى
يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود إلى أن قال ثم أتموا الصيام إلى الليل والخيطان بياض
النهار وسواد الليل والصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية لأنه
في حقيقة اللغة هو الإمساك لورود الاستعمال فيه إلا أنه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها
العبادة عن العادة واختص بالنهار لما تلونا ولأنه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار أولى
ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الأداء

في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال وإذا أكل الصائم أو شرب
أو جامع ناسياً لم يفطر والقياس أن يفطر وهو قول مالك رحمه الله لوجود ما يضاد الصوم فصار
كالكلام ناسياً في الصلاة ووجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي أكل وشرب ناسياً تم على صومك
فإنما أطعمك الله وسقاك وإذا ثبت هذا في حق الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية
بخلاف الصلاة لأن هيئة الصلاة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين
الفرض والنفل لأن النص لم يفصل بينهما ولو كان مكرهاً أو مخطئاً فعليه القضاء خلافاً للشافعي رحمه الله
فإنه يعتبره بالناسي ولنا أنه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولأن النسيان من قبل من له الحق
والإكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة فإن نام فاحتلم لم يفطر
لقوله عليه السلام ثلث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولأنه لم يوجد صورة الجماع
ولا معناه وهو الإنزال عن شهوة بالمباشرة وكذا إذا نظر إلى امرأة فأمنى لما بينا وصار كالمتفكر
إذا أمنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا إذا احتجم لهذا
ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق
والداخل من المسام لا ينافي كما إذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به إذا لم ينزل
لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لأن الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتي

فإن أنزل

في موضعه إن شاء الله فإن أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود
المنافي صورة أو معنى يكفي لإيجاب القضاء احتياطاً أما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية
لأنها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه الجماع أو الإنزال
ويكره إذا لم يأمن لأن عينه ليس بمفطر وربما يصير فطراً بعاقبته فإن أمن يعتبر عينه
وأبيح له وإن لم يأمن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي رحمه الله أطلق في الحالين والحجة عليه
ما ذكرناه والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنه كره المباشرة الفاحشة
لأنه قلما تخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس
يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة ووجه الاستحسان
أنه لا يستطاع الامتناع عنه فأشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والأصح
أنه يفسد لإمكان الامتناع عنه إذا أواه خيمة أو سقف ولو أكل لحماً بين أسنانه لم يفطر
وإن كان كثيراً يفطر وقال زفر رحمه الله يفطر في الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد
صومه بالمضمضة ولنا أن القليل تابع لأسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لأنه لا يبقى
فيما بين الأسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل فإن أخرجه وأخذه بيده ثم
أكله ينبغي أن يفسد صومه لما روي عن محمد رحمه الله أن الصائم إذا ابتلع سمسمة بين أسنانه
لا يفسد صومه ولو أكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لأنها تتلاشى وفي مقدار
الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف رحمه الله وعند زفر عليه الكفارة أيضاً لأنه
طعام متغير ولأبي يوسف رحمه الله أنه يعافه الطبع وإن ذرعه القيء لم يفطر لقوله
عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمداً فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم
وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد صومه عند أبي يوسف لأنه خارج حتى تنتقض به
الطهارة وقد دخل وعند محمد رحمه الله لا يفسد لأنه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع
وكذا معناه لأنه لا يتغذى به عادة وإن أعاده فسد بالإجماع لوجود الإدخال بعد
الخروج فيتحقق صورة الفطر وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لأنه غير
خارج ولا صنع له في الإدخال وإن أعاده فكذلك عند أبي يوسف لعدم الخروج وعند محمد
يفسد لوجود الصنع منه في الإدخال وإن استقاء عمداً ملء فيه فعليه القضاء لما روينا
والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وإن كان أقل من ملء الفم فكذلك عند محمد

لإطلاق الحديث وعند أبي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكماً ثم إن عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج
وإن أعاد فعنه أنه لا يفسد لما ذكرنا وعنه أنه يفسد فألحقه بالملء لكثرته الفتح قال
ومن ابتلع الحصاة أو الحديد أفطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع
عمداً في أحد السبيلين فعليه القضاء استدراكاً للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية
ولا يشترط الإنزال في المحلين اعتباراً بالاغتسال وهذا لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه
وإنما ذلك شبع وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتباراً
بالحد عنده والأصح أنها تجب لأن الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة
أو بهيمة فلا كفارة عليه أنزل أو لم ينزل خلافاً للشافعي رحمه الله لأن الجناية تكاملها بقضاء
الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة
وقال الشافعي رحمه الله في قول لا تجب عليها لأنها تتعلق بالجماع وهو فعله وإنما هي محل الفعل وفي
قول يتحمل عنها الرجل اعتباراً بماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من أفطر في رمضان
فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والإناث ولأن السبب جناية الإفساد لا نفس الوقاع
وقد شاركته فيها ولا يتحمل لأنها عبادة أو عقوبة ولا يجري فيها التحمل ولو أكل أو شرب
ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لأنها
شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا
أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبإيجاب
الإعتاق تكفيراً عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار
لما روينا ولحديث الأعرابي فإنه قال يا رسول الله هلكت وأهلكت فقال ماذا صنعت
فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمداً فقال عليه السلام أعتق رقبة فقال لا أملك
إلا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني إلا من الصوم
فقال أطعم ستين مسكيناً فقال لا أجد فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يؤتى بعرق
من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعاً وقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين
لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي فقال كل أنت وعيالك يجزيك ولا يجزي
أحداً من بعدك وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يخير لأن مقتضاه الترتيب وعلى مالك
في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج فأنزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى

ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس في إفساد الصوم في غير رمضان كفارة لأن الإفطار في رمضان
أبلغ في الجناية فلا يلحق به غيره ومن احتقن أو استعط أو أقطر في أذنه أفطر لقوله عليه السلام الفطر
مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن إلى الجوف ولا كفارة عليه لانعدامها صورة
ولو أقطر في أذنيه الماء أو دخلهما لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما إذا دخله الدهن
ولو داوى جائفة أو آمة بدواء فوصل إلى جوفه أو دماغه أفطر عند أبي حنيفة رحمه الله والذي يصل
هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه أخرى كما في اليابس
من الدواء وله أن رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلاً إلى الأسفل فيصل إلى الجوف
بخلاف اليابس لأنه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو أقطر في إحليله لم يفطر عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال أبو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكأنه وقع عند أبي يوسف أن بينه وبين الجوف
منفذاً ولهذا يخرج البول ووقع عند أبي حنيفة أن المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا
ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئاً بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من
تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة أن تمضغ لصبيها الطعام إذا كان لها منه بد لما بينا و
لا بأس إذا لم تجد منه بداً صيانة للولد ألا يرى أن لها أن تفطر إذا خافت على الولد ومضغ
العلك لا يفطر الصائم لأنه لا يصل إلى جوفه وقيل إذا لم يكن ملتئماً يفسد لأنه يصل إليه بعض
أجزائه وقيل إذا كان أسود يفسد وإن كان ملتئماً لأنه يتفتت إلا أنه يكره للصائم لما فيه
من تعريض الصوم على الفساد ولأنه يتهم بالإفطار ولا يكره للمرأة إذا لم تكن صائمة لقيامه
مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل إذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من
التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لأنه نوع ارتفاق وهو ليس من محظورات الصوم
وقد ندب النبي عليه السلام إلى الاكتحال يوم عاشوراء وإلى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال للرجال
إذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب إذا لم يكن من قصده الزينة لأنه يعمل
عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية إذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك
الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي
رحمه الله يكره بالعشي لأن فيه إزالة الأثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو أثر العبادة
واللائق به الإخفاء بخلاف دم الشهيد لأنه أثر الظلم ولا فرق بين الرطب الأخضر وبين المبلول
بالماء لما روينا

فصل ومن كان مريضاً في رمضان فخاف إن صام ازداد مرضه أفطر وقضى

وقال الشافعي رحمه الله لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول إن
زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضره
بالصوم فالصوم أفضل وان أفطر جاز لأن السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض
فانه قد يخفف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي رحمه الله الفطر أفضل لقوله عليه السلام
ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان أفضل الوقتين فكان الأداء فيه أولى وما رواه محمول
على حالة الجهد وان مات المريض أو المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لأنهما لم يدركا
عدة من أيام أخر ولو صح المريض أو أقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود
الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي رحمه الله خلافا فيه بين أبي
حنيفة وأبي يوسف وبين محمد رحمهم الله وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب
فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسألة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما أدرك وقضاء
رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب
وان أخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لأنه في وقته وقضى الأول بعده لأنه وقت القضاء
ولا فدية عليه لأن وجوب القضاء على التراخي حتى كان له أن يتطوع والحامل والمرضع اذا
خافتا على أنفسهما أو ولديهما أفطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لأنه افطار
بعذر ولا فدية خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا
أن الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لأنه عاجز بعد
الوجوب والولد لا وجوب عليه أصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم
لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والأصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية
قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لأن شرط الخلفية استمرار العجز
ومن مات وعليه قضاء رمضان فأوصى به أطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من
بر أو صاعا من تمر أو شعير لأنه عجز عن الأداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من
الايصاء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل
ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا أنه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء
دون الوراثة لأنها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم
باستحسان المشايخ رحمهم الله وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي

لقوله عليه السلام لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد ومن دخل في صوم التطوع أو
في صلوة التطوع ثم أفسده قضاه خلافا للشافعي رحمه الله له أنه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه
ما لم يتبرع به ولنا أن المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب
القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر
والضيافة عذر لقوله عليه السلام أفطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي أو أسلم الكافر في رمضان
أمسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو أفطرا فيه لا قضاء عليهما لأن الصوم غير واجب
وصاما ما بعده لتحقق السبب والأهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف
الصلوة لأن السبب فيها الجزء المتصل بالأداء فوجدت الأهلية عنده وفي الصوم الجزء الأول والأهلية
معدومة عنده وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا زال الكفر أو الصبا قبل الزوال فعليه القضاء لأنه أدرك
وقت النية ووجه الظاهر أن الصوم لا يتجزى وجوبا وأهلية الوجوب منعدمة في أوله الا أن للصبي
أن ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لأن الكافر ليس من أهل التطوع أيضا والصبي
أهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه لأن السفر لا ينافي
أهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه أن يصوم لزوال المرخص في وقت النية
ألا ترى أنه لو كان مقيما في أول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا أولى
الا أنه اذا أفطر في المسألتين لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن أغمي عليه في رمضان
لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر
وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان أغمي عليه أول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة
لما قلنا وقال مالك رحمه الله لا يقضي ما بعده لأن صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة
وعندنا لا بد من النية لكل يوم لأنها عبادات متفرقة لأنه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه
العبادة بخلاف الاعتكاف ومن أغمي عليه رمضان كله قضاه لأنه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل
الحجى فيصير عذرا في التأخير لا في الاسقاط ومن جن في رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك رحمه الله هو يعتبره
بالاغماء ولنا أن المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق
الحرج وان أفاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان لم يجب عليه الأداء
لانعدام الأهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا أن السبب قد وجد وهو الشهر والأهلية
بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في أدائه بخلاف المستوعب لأنه يحرج في

الا وآكد فلا فائدة ونجامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا ظاهر الرواية
وعن محمد رحمه الله انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما
اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا اختار بعض المتأخرين ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا فطرا
فعليه قضاؤه وقال زفر رحمه الله يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك
مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق
هو الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة
ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله عليه الكفارة
لانه يتأدى بغير نية عنده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان
التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة رحمه الله ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم
الا بالنية ولو حاضت المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في
الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي رحمه الله
لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه
خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت
اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام
هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا
هو طالع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت
بقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في حق المريض والمسافر ولا كفارة
عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير
والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان
في السحور بركة والمستحب تأخيره لقوله عليه السلام ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار و
تأخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين الافضل ان يدع الاكل تحرزا عن
المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في
موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل
فقد اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه انه اكل والفجر طالع فعليه
قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله

ولو ظن ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس
لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رأيه انه اكل
قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها
لم تغرب ينبغي ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا
فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه
استند الى القياس فتتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله
وعنه انه تجب فكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى
القياس فلا ينتفي بالعلم كوطء الاب جارية ابنه ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا فعليه
القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى
دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله لان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه
الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة
لمخالفته القياس ولو اكل بعدما اغتاب فعليه القضاء والكفارة كيفما كان لان الفطر يخالف القياس
والحديث مؤول بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا قضاء عليها اعتبارا بالناسي والعذر هنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه

واذا قال
لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان انه نذر بما هو
معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة
الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة
لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسألة على وجوه ستة
ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته
كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد
عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يكون نذرا
ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف
الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما

انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا
بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله
علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة
المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها
في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويخرج في هذا خلاف زفر والشافعي رحمهما الله للنهي
عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا
الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى
ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم
قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر
لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار
كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر الرواية هو ان بنفس
الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله ولا تجب
صيانته ووجوب القضاء ينبني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس
الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانة المؤدى
ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عليه السلام
واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم
ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله والنية شرط في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون شرطا
لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول
ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد اقله ساعة
فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام
ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية
الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي

لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات
الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان يؤدى فيه اما المرأة تعتكف في مسجد بيتها
لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة
اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان
ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في تحقيقها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد
فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه
وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رحمه الله الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع
ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج
حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه
ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة وركعتان تحية المسجد وبعدها
اربعا او ستا على الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في
المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه
التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر
فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رحمه الله لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من
نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب فيكون في معتكفه
لان النبي عليه السلام لم يكن له مأوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة
الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج المعتكف
الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشرى لان المسجد
محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشرى فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم
صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم قال ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم
الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتحامى ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله
تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم
عليه اذ هو محظور فيه كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه
فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف
الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل

او قبّل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد
وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على
نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها
من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع
لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على
التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام
خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما
وقال ابو يوسف رحمه الله لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسط ضرورة الاتصال
وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة والله اعلم

كتاب الحج

قال الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا
على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا
وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت
الآية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لا
بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو
واجب على الفور عند ابي يوسف رحمه الله وعند ابي حنيفة ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على
التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة ووجه الاول انه يختص بوقت خاص
والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت
الصلوة لان الموت في مثله نادر واشتراط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج
عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام
ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة
الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب
عليه الحج عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد رحمه الله انه لا يجب لانه غير قادر على
الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة
وهو ان يكتري شق محمل او رأس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام سئل عن

السبيل اليه فقال الزاد والراحلة فان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد
الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت
وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين
عوده لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب
على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا تلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد
من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء
وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب لانه عليه السلام فسر الاستطاعة
بالزاد والراحلة لا غير ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما
اذا كان بينها وبين مكة مسيرة ثلثة ايام وقال الشافعي رحمه الله يجوز لها الحج اذا خرجت في
رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امرأة الا ومعها
محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة
بالاجنبية وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح
لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي رحمه الله له ان يمنعها
لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا
له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم
الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتأتى منهما القيام
والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها
تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا في ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق
واذا بلغ الصبي بعدما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء
النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد
لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع
في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز ان يتجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة
ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم
هكذا وقت رسول الله عليه السلام هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الاحرام
عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه

أن يحرم فيقصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز أحد الميقات إلا محرما ولأن
وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والحاج المعتمر وغيرهما ومن كان
داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجته لأنه يكثر دخوله مكة وفي إيجاب الإحرام في كل مرة
حرج بين فصار كأهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير إحرام بخلاف ما إذا قصد أداء
النسك لأنه يتحقق أحيانا فلا حرج فإن قدم الإحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة
لله وإتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله كذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والأفضل التقديم عليها
لأن إتمام الحج مفسر به والمشقة فيه أكثر والتعظيم أوفر وعن أبي حنيفة رحمه الله إنما يكون أفضل إذا كان
يملك نفسه أن لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت
والحرم لأنه يجوز إحرامه من دويرة أهله وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته
في الحج الحرم وفي العمرة الحل لأن النبي عليه السلام أمر أصحابه رضي الله عنهم بأن يحرموا بالحج من جوف مكة
وأمر أخا عائشة رضي الله عنها أن يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولأن أداء الحج في عرفة وهي في الحل
فيكون الإحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر وأداء العمرة في الحرم فيكون الإحرام من الحل لهذا إلا أن التنعيم
أفضل لورود الأثر به

باب الإحرام

وإذا أراد الإحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل
لما روي أنه عليه السلام اغتسل لإحرامه إلا أنه للتنظيف حتى يؤمر به الحائض وإن لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء
مقامه كما في الجمعة لكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة فيه أتم ولأنه عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين
جديدين أو غسيلين إزارا ورداء لأنه عليه السلام ائتزر وارتدى عند إحرامه ولأنه ممنوع عن
لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد أفضل لأنه أقرب إلى
الطهارة قال ومس طيبا إن كان له وعن محمد رحمه الله أنه يكره إذا تطيب بما تبقى عينه بعد الإحرام وهو قول
مالك والشافعي لأنه منتفع بالطيب بعد الإحرام ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت
أطيب رسول الله عليه السلام لإحرامه قبل أن يحرم قال والممنوع عنه التطيب بعد الإحرام والباقي كالتابع له لعدم
بخلاف الثوب لأنه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة
ركعتين عند إحرامه قال وقال اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني لأن أداءها في أزمنة متفرقة
وأماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لأن
مدتها يسيرة وأداؤها عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلاته لما روي أنه عليه السلام لبى في دبر صلاته
وإن لبى بعدما استوت به راحلته جاز ولكن الأول أفضل لما روينا وإن كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته
الحج

واختلف في الداعي فقيل هو الله تعالى كما قال يا فاطر السموات والأرض يدعوكم ليغفر لكم وقيل رسول الله عليه السلام كما قال
عليه السلام إن سيدا بنى دارا واتخذ مأدبة فبعث داعيا وأراد بالداعي نفسه والأظهر أن الداعي هو الخليل عليه السلام
على ما روي أنه لما فرغ من بناء البيت أمر بأن يدعو الناس إلى الحج فصعد أبا قبيس وقال ألا إن الله تعالى قد بنى بيتا فحجوه
فبلغ الله تعالى صوته الناس في أصلاب آبائهم وأرحام أمهاتهم فمنهم من أجاب مرة
أو مرتين أو أكثر من ذلك وعلى حسب إجابتهم يحجون وبيانه قوله تعالى وأذن في الناس بالحج الآية وإلى هذا أشار بقوله
في الكتاب على ما هو المعروف في القصة غريبه

لأنه عبادة والأعمال بالنيات والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك
إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله إن الحمد بكسر الألف لا بفتحها ليكون
ابتداء لا بناء إذ الفتحة صفة الأولى وهو إجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو معروف
في القصة ولا ينبغي أن يخل بشيء من هذه الكلمات لأنه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو
زاد فيها جاز خلافا للشافعي رحمه الله في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالأذان والتشهد من حيث
إنه ذكر منظوم ولنا أن أجلاء الصحابة رضوان الله عليهم كابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة زادوا
على المأثور ولأن المقصود الثناء وإظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه قال وإذا لبى فقد
أحرم يعني إذا نوى لأن العبادة لا تتأدى إلا بالنية إلا أنه لم يذكرها لتقدم الإشارة إليها في
قوله اللهم إني أريد الحج ولا يصير شارعا في الإحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي
رحمه الله لأنه عقد على الأداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلاة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم
سوى التلبية فارسية كانت أو عربية هذا هو المشهور عن أصحابنا والفرق بينه وبين الصلاة
على أصلهما أن باب الحج أوسع من باب الصلاة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن
فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث والفسوق والجدال والأصل فيه
قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع أو الكلام الفاحش
أو ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهو في حالة الإحرام أشد حرمة والجدال أن
يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد
وأنتم حرم ولا يشير إليه ولا يدل عليه لحديث أبي قتادة رضي الله عنه أنه أصاب حمار وحش وهو حلال
وأصحابه محرمون فقال عليه السلام لأصحابه هل أشرتم هل دللتم هل أعنتم فقالوا لا فقال إذا فكلوا
ولأنه إزالة الأمن عن الصيد لأنه آمن بتوحشه وبعده عن الأعين ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة
ولا خفين إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين لما روي أنه عليه السلام نهى أن يلبس المحرم
هذه الأشياء وقال في آخره ولا خفين إلا أن لا يجد نعلين فليقطعهما أسفل من الكعبين والكعب هنا
المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتئ فيما روى هشام عن محمد رحمه الله ولا يغطي
رأسه ولا وجهه وقال الشافعي رحمه الله يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام إحرام الرجل في رأسه
وإحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا
قاله في محرم توفي ولأن المرأة لا تغطي وجهها مع أن في الكشف فتنة فالرجل بطريق الأولى وفائدة

ما روي الوجه في تغطية الرأس بين الرجل والمرأة قال ولا يمس طيبا لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل
وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم الآية ولا يقص من لحيته
لأنه في معنى الحلق ولأنه فيه إزالة الشعث وقضاء التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران
ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال إلا أن يكون غسيلا لا ينفض
لأن المنع للطيب لا للون وقال الشافعي لا بأس بلبس المعصفر لأنه لون لا طيب له ولنا أن له رائحة طيبة
قال ولا بأس بأن يغتسل ويدخل الحمام لأن عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم ولا بأس بأن يستظل بالبيت
والمحمل وقال مالك رحمه الله يكره أن يستظل بالفسطاط وما أشبه ذلك لأنه يشبه تغطية الرأس ولنا
أن عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في إحرامه ولأنه لا يمس بدنه فأشبه البيت ولو دخل تحت
أستار الكعبة حتى غطته إن كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لأنه استظلال ولا بأس بأن
يشد في وسطه الهميان وقال مالك رحمه الله يكره إن كان فيه نفقة غيره لأنه لا ضرورة ولنا أنه
ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي لأنه نوع طيب
ولأنه يقتل هوام الرأس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا أو هبط واديا
أو لقي ركبانا وبالأسحار لأن أصحاب رسول الله عليه السلام كانوا يلبون في هذه الأحوال و
التلبية في الإحرام على مثال التكبير في الصلاة فيؤتى بها عند الانتقال من حال إلى حال ويرفع صوته
بالتلبية لقوله عليه السلام أفضل الحج العج والثج فالثج إراقة الدم والعج رفع الصوت بالتلبية
قال وإذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي أنه عليه السلام لما دخل مكة دخل المسجد ولأن المقصود
زيارة البيت وهو فيه ولا يضره دخولها ليلا أو نهارا لأنه دخول بلدة فلا يختص بأحدهما وإذا
عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول إذا لقي البيت بسم الله والله أكبر ومحمد
لم يعين في الأصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لأن التوقيت يذهب بالرقة وإن تبرك بالمنقول
منها فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الأسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي أنه عليه السلام دخل المسجد فابتدأ
بالحجر فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن وذكر
من جملتها استلام الحجر قال واستلمه إن استطاع من غير أن يؤذي مسلما لما روي أنه عليه السلام قبل الحجر ووضع
شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه إنك رجل أيد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن إن وجدت
فرجة فاستلمه وإلا فاستقبله وهلل وكبر ولأن الاستلام سنة والتحرز عن أذى المسلم واجب قال وإن
أمكنه أن يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي أنه عليه السلام طاف على راحلته

واستلم الأركان بمحجنه وإن لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله وصلى على
النبي عليه السلام ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك فيطوف بالبيت سبعة
أشواط لما روي أنه عليه السلام استلم الحجر ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة أشواط و
الاضطباع أن يجعل رداءه تحت إبطه الأيمن ويلقيه على كتفه الأيسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله
عليه السلام قال ويجعل طوافه وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لأنه حطم من البيت
أي كسر وسمي حجرا لأنه حجر منه أي منع وهو من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة
التي بينه وبين البيت لا يجوز إلا أنه إذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلاة لأن فرضية التوجه ثبتت
بالكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف أن يكون وراءه قال ويرمل في الثلث
الأول من الأشواط والرمل أن يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع
الاضطباع وكان سببه إظهار الجلد للمشركين حين قالوا أضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال
السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله
عليه السلام والرمل من الحجر إلى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فإن زحمه الناس في الرمل قام
فإذا وجد مسلكا رمل لأنه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لأن الاستقبال
بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر به إن استطاع لأن أشواط الطواف كركعات الصلاة فكما يفتتح
كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وإن لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما
ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنه سنة ولا يستلم غيرهما
فإن النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام
الحجر ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين أو حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي
رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين
والأمر للوجوب ثم يعود إلى الحجر فيستلمه لما روي أنه عليه السلام لما صلى ركعتين عاد إلى الحجر والأصل أن
كل طواف بعده سعي يعود إلى الحجر لأن الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف
ما إذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس
بواجب وقال مالك رحمه الله إنه واجب لقوله عليه السلام من أتى البيت فليحيه بالطواف ولنا أن الله تعالى
أمر بالطواف والأمر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالإجماع وفيما رواه سماه تحية
وهو دليل الاستحباب وليس على أهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم ثم يخرج إلى الصفا فيصعد عليه

ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عليه السلام صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله تعالى ولان الثناء والصلوة يقدم على الدعاء تقربا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط قال وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام فيه ابدؤا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة لقوله عليه السلام الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا واذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة والحاصل ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب في ثلثة ايام متوالية اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى وصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات

بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء بتركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال التضرع والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ بالخطبة فيخطب خطبة يعلم فيها الناس الصلوة والوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعل رسول الله عليه السلام وقال مالك رحمه الله يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذنون بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاهما باذان واقامتين ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رحمه الله لان الاشتغال بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رحمه الله ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رحمه الله الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة رحمه الله ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام

قبل الزوال في رواية تعذر تجديد الاحرام على وقت الجمع وفي رواية اخرى يكتفى بالتقديم على الصلوة لان
المقصود هو الصلوة ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم كسنة عقيب انصرافهم من الصلوة
لان النبي عليه السلام راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم
وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عليه السلام عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن
عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته
لان النبي عليه السلام وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف
مستقبل القبلة لان النبي عليه السلام وقف كذلك وقال صلى الله عليه وسلم كان يدعو يوم عرفة مادا يديه
كالمستطعم المسكين ويدعوا بما شاء وان ورد الآثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا
المسمى بعمدة المناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام
لانه يدعوا ويعلم فيعوا او يسمعوا وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا
بيان الفضيلة لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء
اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام
واما الاجتهاد فلانه صلى الله عليه وسلم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء
والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك رحمه الله يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان
الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روي ان النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى اتى
جمرة العقبة لان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فياتي بها الى اخر جزء من اجزاء الاحرام
فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى ياتوا مزدلفة لان النبي عليه السلام
دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق
على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة
والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون اخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب
الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روي ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة
الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب
الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عليه السلام وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه
ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او عن يساره ويستحب ان يقف
وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة

وقال زفر

وقال زفر رحمه الله باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة
لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل
بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا
باعادة الاقامة لما روي ان النبي عليه السلام صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء
ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله لان المغرب مؤخر عن وقته بخلاف الجمع بعرفة لان العصر
مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع
الفجر وقال ابو يوسف رحمه الله يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف رحمه الله انه اداها
في وقتها فلا يجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما
ما روي ان النبي عليه السلام قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت
الصلوة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة فكان
عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما فاذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة واذا
طلع الفجر صلى الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاها
يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف
ووقف الناس معه ودعا لان النبي عليه السلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي
في حديث ابن عباس رضي الله عنهما فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف
واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله تعالى
فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قدم ضعفة
اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا
الوجوب بقوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف وقد افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه
علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت
امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا فاذا
طلعت الشمس افاض الامام والناس حتى ياتوا منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا
غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس حتى ياتوا منى لان النبي عليه السلام دفع قبل طلوع
الشمس قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف

لأن النبي عليه السلام لما أتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم
بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى بأكبر منه جاز لحصول الرمي غير أنه لا يرمي بالكبار
من الأحجار كيلا يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة أجزأه لأن ما حولها موضع النسك
والأفضل أن يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر
رضي الله عنهما ولو سبح مكان التكبير أجزأه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لأن
النبي عليه السلام لم يقف عندها ويقطع التلبية مع أول حصاة لما روينا عن ابن مسعود وروى جابر
رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي أن
يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبين
موضع السقوط خمسة أذرع كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأن ما دون ذلك يكون طرحا
ولو طرحها طرحا أجزأه لأنه رمى إلى قدميه إلا أنه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه
لأنه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه
ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لأنه لم يعرف قربة إلا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات
جملة فهذه واحدة لأن المنصوص عليه تفرق الأفعال ويأخذ الحصى من أي موضع شاء إلا من عند
الجمرة فإن ذلك يكره لأن ما عندها من الحصى مردود وهكذا جاء في الأثر فيتشاءم به ومع هذا
لو فعل أجزأه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لأن المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما إذا رمى بالذهب والفضة
لأنه يسمى نثارا لا رميا ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قال إن أول نسكنا في يومنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولأن الحلق من أسباب التحلل
وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الإحرام فيقدم عليه
الذبح وإنما علق الذبح بالمحبة لأن الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق أفضل
لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولأن الحلق أكمل في قضاء
التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فأشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي في الحلق
بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل أولى اقتداء برسول الله عليه السلام والتقصير أن يأخذ
من رؤوس شعره مقدار الأنملة وقد حل له كل شيء إلا النساء وقال مالك رحمه الله إلا الطيب أيضا
لأنه من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء إلا النساء وهو مقدم على القياس

ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لأنه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر
إلى تمام الإحلال ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه يتوقت
بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحلل ولنا أن ما يكون محللا يكون جناية في غير أوانه كالحلق
والرمي ليس بجناية في غير أوانه بخلاف الطواف لأن التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم يأتي
مكة من يومه ذلك أو من الغد أو بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط
لما روي أن النبي عليه السلام لما حلق أفاض إلى مكة وطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى
الظهر بمنى ووقته أيام النحر لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال الله تعالى فكلوا منها
ثم قال وليطوفوا فكان وقتهما واحدا وأول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لأن ما قبله من
الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وأفضل هذه الأيام أولها كما في التضحية وفي الحديث
أفضلها أولها فإن كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا
الطواف ولا سعي عليه وإن كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لأن السعي
لم يشرع إلا مرة والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف
لأن ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف أو نفلا لما بينا وقد حل له النساء ولكن
بالحلق السابق إذ هو المحلل لا بالطواف إلا أنه أخر عمله في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض
في الحج وهو ركن فيه إذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الإفاضة
وطواف يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الأيام لما بينا أنه موقت بها فإن أخره عنها
لزمه دم عند أبي حنيفة رحمه الله وسنبينه في باب الجنايات إن شاء الله تعالى ثم يعود إلى منى
فيقيم بها لأن النبي عليه السلام رجع إليها كما روينا ولأنه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى
فإذا زالت الشمس من اليوم الثاني من أيام النحر رمى الجمار الثلاث فيبتدئ بالتي تلي مسجد
الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها
مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى
جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه السلام مفسرا ويقف عند الجمرتين في
المقام الذي يقف الناس فيه ويحمد الله ويثني عليه ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو
بحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن وذكر من جملتها
عند الجمرتين والمراد رفع الأيدي بالدعاء وينبغي أن يستغفر للمؤمنين في دعائه في

بعده الموقف لأن النبي عليه السلام قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الأصل
أن كل رمي بعده رمي يقف بعدها لأنه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس
بعده رمي لا يقف لأن العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر أيضا
وإذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وإن أراد أن يتعجل النفر نفر إلى مكة
وإن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين
فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى والأفضل أن يقيم لما روي أن النبي عليه السلام صبر حتى
رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فإذا طلع الفجر
لم يكن له أن ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وإن قدم الرمي في هذا اليوم يعني
اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وقالا لا
يجوز اعتبارا بسائر الأيام وإنما التفاوت في رخصة النفر فإذا لم يترخص التحق بها
ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولأنه لما ظهر أثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك
فلأن يظهر في جوازه في الأوقات كلها أولى بخلاف اليوم الأول والثاني حيث لا يجوز الرمي
فيهما إلا بعد الزوال في المشهور من الرواية لأنه لا يجوز تركه فيهما فبقي على أصل المروي فأما
يوم النحر فأول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي رحمه الله أوله بعد نصف
الليل لما روي أنه عليه السلام رخص للرعاء أن يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة
العقبة إلا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت أصل الوقت بالأول والأفضلية
بالثاني وتأويل ما روى الليلة الثانية والثالثة ولأن ليلة النحر وقت الوقوف والرمي
يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يمتد هذا الوقت إلى غروب
الشمس لقوله عليه السلام إن أول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه
بغروب الشمس وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يمتد إلى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا و
إن أخر إلى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وإن أخر إلى الغد رماه لأنه وقت جنس
الرمي وعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال فإن رماها راكبا
أجزأه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالأفضل أن يرميه ماشيا وإلا فيرميه راكبا لأن
الأول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون أقرب إلى التضرع وبيان الأفضل
مروي عن أبي يوسف رحمه الله ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي لأن النبي عليه السلام بات بها

وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها وإن بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لأنه وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه فلم يكن من أفعال الحج
فتركه لا يوجب الجابر ويكره أن يقدم الرجل ثقله إلى مكة ويقيم حتى يرمي لأن عمر رضي الله عنه كان
يمنع منه ويؤدب عليه ولأنه يوجب شغل قلبه وإذا نفر إلى مكة نزل بالمحصب وهو الأبطح وهو
اسم موضع وقد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الأصح حتى يكون النزول به
سنة على ما روي أنه عليه السلام قال لأصحابه إنا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث
تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير إلى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا أنه نزل به
إراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف ثم دخل مكة و
طاف بالبيت سبعة أشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع
وطواف آخر عهد بالبيت لأنه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف
ورخص للنساء الحيض تركه إلا على أهل مكة لأنهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه
لما بينا أنه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم
فيشرب منه ثم أفرغ باقي الدلو في البئر ويستحب أن يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم
وهو ما بين الحجر إلى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالأستار ساعة ثم
يعود إلى أهله هكذا روي أن النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي أن ينصرف
وهو يمشي وراءه ووجهه إلى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج
من المسجد فهذا بيان تمام الحج والله أعلم **فصل فإن لم يدخل المحرم مكة** وتوجه
إلى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لأنه شرع في ابتداء
الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال فلا يكون الإتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء
عليه بتركه لأنه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين
زوال الشمس من يومها إلى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج فأول وقت الوقوف
بعد الزوال عندنا لما روي أن النبي عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت
وقال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر
الوقت ومالك رحمه الله إن كان يقول إن أول وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس فهو

محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رحمه الله لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لم يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ولو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه والمرأة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل غير انها لا تكشف رأسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام احرام المرأة في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الرأس في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله عليه السلام فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم

بين يديه هديا يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان والقياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره يتوقف على حقيقة الفعل فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي رحمه الله من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

القران افضل عندنا من التمتع والافراد وقال الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال مالك رحمه الله التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن قوله تعالى فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الاية ولا ذكر للقران فيه وللشافعي رحمه الله قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصود بما روي نفي قول اهل الجاهلية فانهم قالوا ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان

القران هو الجمع بين العمرة والحج من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل
حجة على العمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى
عزم على ادائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك يقول لبيك بعمرة
وحجة معا لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به
لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلوة واذا دخل مكة
ابتدأ فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا
وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا
في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا
يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل
بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يطوف طوافا
واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران
على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما
طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم
ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل
في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف
الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت
العمرة في وقت الحج قال فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه
وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان
التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه
لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال
بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا
دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم
على ما نذكره في باب الهدي ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر
كما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام في الحج اخرها
يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة

اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين
والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم
ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تاخيره الى اخر وقته رجاء ان يقدر
على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها
منهي وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر
الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب
فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي رحمه الله يصوم بعد هذه الايام
لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك رحمه الله يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وهذا
وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتأدى
به ما وجب كاملا ولا يؤدي بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت
الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي
تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى
عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة
على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب
ابي حنيفة رحمه الله ايضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر
هناك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا
قال ويسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يرتفق باداء النسكين وعليه [دم]
قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد
وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته
وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو
اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي
اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق
باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلافات
نبينها ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة
فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك

إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله عليه السلام في عمرة القضاء
وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه إنما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما رويناه
وقوله تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين الآية نزلت في عمرة القضاء ولأنها لما كان لها
تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف
وقال مالك رحمه الله كما وقع بصره على البيت لأن العمرة زيارة البيت وتتم به
ولنا أن النبي عليه السلام في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولأن المقصود
هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال
ويقيم بمكة حلالا لأنه حل من العمرة فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد
والشرط أن يحرم من الحرم وأما المسجد فليس بلازم وهذا لأنه في معنى المكي وميقات
المكي في الحج الحرم على ما بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لأنه مؤد للحج إلا أنه يرمل
في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة
ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف
الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فإن
لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران
فإن صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لأن سبب وجوب هذا الصوم
التمتع لأنه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه
وإن صامها بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
له قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص
وقته على ما بينا والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وإذا أراد
المتمتع أن يسوق الهدي أحرم وساق هديه وهذا أفضل لأن النبي عليه السلام ساق الهدايا
مع نفسه ولأن فيه استعدادا ومسارعة فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل لحديث
عائشة رضي الله عنها على ما رويناه والتقليد أولى من التجليل لأن له ذكرا في الكتاب ولأنه للإعلام
والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لأنه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والأولى
أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو أفضل من أن يقودها لأنه عليه السلام أحرم
بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولأنه أبلغ في التشهير إلا إذا كانت لا تنقاد فحينئذ

يقودها

يقودها وأشعر البدنة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره والإشعار هو الإدماء
بالجرح لغة وصفته أن يشق سنامها بأن يطعن في أسفل السنام من الجانب الأيمن قالوا
والأشبه هو الأيسر لأن النبي عليه السلام طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الأيمن
اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم إعلاما وهذا الصنع مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حسن
وعند الشافعي سنة لأنه مروي عن النبي عليه السلام وعن الخلفاء الراشدين ولهما أن المقصود من
التقليد أن لا يهاج إذا ورد ماء أو كلأ أو يرد إذا ضل وإنه في الإشعار أتم لأنه ألزم فمن هذا
الوجه يكون سنة إلا أنه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مثلة وأنه
منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم وإشعار النبي عليه السلام لصيانة الهدي لأن المشركين لا يمتنعون
عن تعرضه إلا به وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه
السراية وقيل إنما كره إيثاره على التقليد قال فإذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا
في متمتع لا يسوق الهدي إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام لو استقبلت من أمري
ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق
الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة على ما بينا وإن قدم الإحرام قبله جاز
وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الأفضلية
في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا وإذا
حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل
عنهما وليس لأهل مكة تمتع ولا قران وإنما لهم الإفراد خاصة خلافا للشافعي رحمه الله و
الحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ولأن شرعهما للترفه بإسقاط
إحدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون
له متعة ولا قران بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار
بمنزلة الآفاقي وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لأنه
ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين
وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يبطل لأنه أداهما بسفرتين ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل
فلم يصح إلمامه بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود

عنا لأنه غير مستحق عليه فصح إلمامه بأهله ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة
أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه
على أشهر الحج وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل وإن طاف لعمرته
قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لأنه أدى الأكثر قبل أشهر
الحج وهذا لأنه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج ومالك رحمه الله
يعتبر الإتمام في أشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع المترفق بأداء
النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج قال وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة
كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ولأن الحج يفوت بمضي عشر
ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر
معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد
حجا خلافا للشافعي رحمه الله فإن عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا
فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولأن الإحرام يحرم أشياء ويوجب أشياء
وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان وإذا قدم الكوفي مكة بعمرة في أشهر الحج وفرغ
منها وقصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع أما الأول فلأنه ترفق
بالنسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج وأما الثاني فقد قيل هو بالاتفاق وقيل هو قول أبي حنيفة
وعندهما لا يكون متمتعا لأن المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان
ميقاتيان وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم
التمتع فإن قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في أشهر الحج
وحج من عامه لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو متمتع لأنه إنشاء سفر وقد ترفق
بنسكين وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في
أشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا في قولهم جميعا لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء
الأول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في
أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لأن عمرته مكية والسفر الأول انتهى
بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد
مضى فيه لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال وسقط دم المتعة لأنه لم يترفق

بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة فإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها
من التمتع لأنها أتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل وإذا حاضت المرأة عند
الوقوف اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت
حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولأن الطواف في المسجد والوقوف
في مفازة وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيدا فإن حاضت بعد الوقوف
وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لترك طواف الصدر لأنه عليه السلام
رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف
الصدر لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دارا بعدما حل النفر الأول فيما يروى عن
أبي حنيفة رحمه الله ويرويه البعض عن محمد رحمه الله لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط
بنية الإقامة بعد ذلك

باب الجنايات في الإحرام

وإذا تطيب المحرم
فعليه الكفارة فإن تطيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الرأس والساق
والفخذ وما أشبه ذلك لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو
الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وإن تطيب أقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية
وقال محمد رحمه الله يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى أنه إذا طيب
ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما إن شاء الله تعالى من بعد
ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله
وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة و
الجرادة هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله قال فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم لأنه طيب
قال عليه السلام الحناء طيب فإن كان مائعا فعليه دمان دم للطيب ودم
للتغطية فإن خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لأنه ليس بطيب وعن أبي يوسف رحمه الله
أنه إذا خضب رأسه بالوسمة للمعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف
رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الأصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير
دل على أن كل واحد منهما مضمون فإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رحمه الله إن استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث
وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام

وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رحمه الله انه اصل الطيب ولا يخلو
عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل
الجناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف
في الزيت البحت والخل البحت واما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما
يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب
ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه وانما هو اصل
الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك
وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل
من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم و
هو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس لان
الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد
من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع
عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف رحمه الله اقام الاكثر مقام الكل
ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم يلبسه لبس المخيط
وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لانه ما لبسه لبس القباء و
لهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف
في انه اذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه دم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي
عن ابي حنيفة رحمه الله انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع
مقصود يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة
واذا حلق ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة
وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رحمه الله يجب بحلق القليل اعتبارا
بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل به الجناية و
تتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد
بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان
حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى

ونيل الراحة

حتى لا يفوت الجواز باخذ الشعر ... فان الاجماع ... قول محمد رحمه الله ... وابو حنيفة رحمه الله اعتبر ذلك ...
بالصدقة وفي الجامع الصغير التمرتاشي قال السرخسي ... حلق الشارب ... يلزمه دم ...
الصدقة ... ان ينظر كم يكون المحلوق من ربع اللحية كما ذكرت فان قيل الشارب عضو مقصود بالحلق ...
حلق الشارب دون اللحية ... بين الشارب واللحية ... وقص الشارب ... ان تتكامل الجناية
بحلق الشارب قلنا نعم ولكنا ... [illegible] ... لاتصال البعض بالبعض فلا يجعل ... [illegible]
العلوية من ... [illegible] ... عضوا واحدا في الحكم

ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وذكر في الاصل النتف وهو السنة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق عضوا فعليه دم وان حلق اقل ففيه الطعام اراد به
الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فتتكامل بحلق كله وتتقاصر
عند حلق بعضه واذا اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا
المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع تلزمه
قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق
والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة
اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رحمه الله ان حلقه مقصود
لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق
محرم رأس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم وقال الشافعي
لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مؤاخذا
بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر
سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة
هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال
من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق
المحلوق رأسه واما الحالق تلزمه الصدقة في مسألتنا في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا شيء
عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره
وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامن بمنزلة
نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره وان اخذ من شارب
حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيناه ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى
بتفث غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه
ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها
كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد
وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر

الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه تجب
اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل
باتحاد المجلس كما في آي السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما
في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال
زفر رحمه الله يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول ابي حنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحدة
دما والثلث اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها
وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام الكل لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان قص خمسة
اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما
ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى به ويشينه وذلك بخلاف الحلق
لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب لكل ظفر طعام مسكين
وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقة الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء وان انكسر ظفر
المحرم فتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم
وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة
مساكين بثلاثة اصوع من طعام وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة
او نسك وكلمة او للتخيير ... في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا
لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان
مخصوص فكذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزأه فيه
التغدية والتعشية عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رحمه الله لا يجزيه لان
الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور **فصل** فان نظر الى فرج امرأة بشهوة فامنى لا شيء
عليه لان المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد فصار كما اذا تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم
وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل
وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رحمه الله انه يفسد احرامه في جميع ذلك اذا
انزل اعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا
ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمراة

وذلك محظور الاحرام فيلزم الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال
فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج
كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان
بالحج فقال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وكذا نقل عن جماعة من الصحابة
رضوان الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه
اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى
بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رحمه الله ان في غير
القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امرأته في قضاء ما
افسداه عندنا خلافا لمالك رحمه الله اذا خرجا من بيتهما ولزفر رحمه الله اذا احرما وللشافعي رحمه الله
اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة
الوقاع ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما
وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي
رحمه الله فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة
لقول ابن عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاق فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق
فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفي
بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها
ويقضيها وعليه شاة وان جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد
عمرته وقال الشافعي رحمه الله تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده
كالحج ولنا انها كانت سنة وكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا
للتفاوت ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي رحمه الله جماع الناسي
غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع
الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا
لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات
الصلوة بخلاف الصوم **فصل** ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي
رحمه الله لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف بالبيت صلوة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق

فيكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة
فلم يكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر
يوجب العمل فيثبت الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع
ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى
وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا
فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا
فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب
جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر
الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ
وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش
النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه
وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا تبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد
طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم
عند ابي حنيفة بالتأخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه
ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود باحرام جديد وان لم يعد
وبعث بدنة اجزأه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله
وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى
النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله
فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى
يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة
وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب شاة الا ان الاول
اصح فلو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة
ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل
يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزأه ان لا يعود
ويبعث شاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر

فصار

فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه
ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك
ثلاثة اشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر
فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما بينا والطواف في جوف
الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك
فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع
وان اعاده على الحجر خاصة اجزأه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان يأخذ عن يمينه خارج
الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات
فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب
من الربع فلا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطاف الصدر
في اخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر
الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب
فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة
فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر
بالاتفاق وبتأخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر
بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما
ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه
تبع للطواف واذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله
قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن
اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا
اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه
دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن
افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لان الركن
اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب

لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا
لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس
لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد
قبل الغروب ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي
الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد
كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها
وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم
عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي
احدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل
الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة
العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان
ترك منها حصاة او حصاتين او ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص
ما شاء لان المتروك هو الاقل فيكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند
ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف
في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل
الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه
انه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم ولان التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان
كالاحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم
فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكر في الحاج
وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف
هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في
غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من واجباتها وان كان
محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل
ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان

دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق
التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت
بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به قال فان لم يقصر
حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه
فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم بالحلق في غير
اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول
ولا يجب بسبب التأخير شيء لما قلنا

فصل

اعلم ان صيد البر محرم على المحرم و
صيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه الآية وصيد البر ما يكون توالده و
مثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في
اصل الخلقة واستثنى رسول الله عليه السلام الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب
والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتدئة بالاذى والمراد به الغراب الذي يأكل
الجيف هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله قال واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما
القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم
الآية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول الجزاء تعلق بالقتل
والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة و
قال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام وانه تفويت
الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم
من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون الدال
عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال
حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه
الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية
فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء
اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء
صام على ما يذكر وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع

شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى
فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا يكون نعما و
الصحابة اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما
بينا وقال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله تجب القيمة مثل
العصفور والحمام واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة
شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع
كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله
اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة
والاصمعي والمراد بما روي التقدير به دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او
طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك
فان حكما بالهدي يجب النظير على ما بينا وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله
قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة الاية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله يحكم به او مفعول
لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على
الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين
وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي
اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع
مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق العباد
وقيل يعتبر المثنى هنا بالنص ثم الهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها
خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير
معقولة فيختص بزمان او مكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزأه عن
الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار
على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجزي
صغار النعم فيه لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجوز الصغار

على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا
لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر
او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف
الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع
من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه
بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل
من نصف صاع فهو مخير ان شاء تصدق به وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من يوم
غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا
لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل
كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته
كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته
وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد
احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى
البيضة لان حياة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه
سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه
قيمتهما وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء
لقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب
العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه
والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالاذى اما العقعق فغير مستثنى لانه لا يسمى
غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما
سواء والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتدئان بالاذى وليس في قتل البعوض
والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية
بطباعها والمراد بالنمل السوداء او الصفراء التي تؤذي وما لا يؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء
للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذي على
البدن وفي الجمع الكثير اطعم شاة وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة

وإن لم يكن مشبعاً. ومن قتل جرادة تصدق بما شاء، لأن الجراد من صيد البر فإن الصيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة
ويقصده الآخذ، وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة. ولا شيء عليه في قتل
السلحفاة لأنه من الهوام والحشرات فأشبه الخنافس والوزغات، ويمكن أخذه من غير حيلة
وكذا لا يقصد بالأخذ فلم يكن صيداً. ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لأن اللبن من أجزاء الصيد
فأشبه كله. ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء إلا ما استثناه الشرع
وهو ما عددناه. وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الجزاء لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت في الفواسق
المستثناة، وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة. ولنا أن السبع صيد لتوحشه وكونه
مقصوداً بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه، والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال
العدد، واسم الكلب لا يقع على السبع عرفاً والعرف أملك، ولا يجاوز بقيمته شاة. وقال زفر رحمه الله
يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتباراً بمأكول اللحم. ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة، ولأن
اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب موذٍ، ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة
ظاهراً. وإذا صال السبع على المحرم فقتله فلا شيء عليه. وقال زفر رحمه الله يجب اعتباراً بالجمل الصائل
ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعاً وأهدى كبشاً وقال إنا ابتدأناه. ولأن المحرم
ممنوع عن التعرض لا عن دفع الأذى، ولهذا كان مأذوناً في دفع المتوهم من الأذى كما في الفواسق
فلأن يكون مأذوناً في دفع المتحقق أولى، ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقاً له، بخلاف
الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد. وإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه
الجزاء لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل. ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة
والبعير والدجاجة والبط الأهلي لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش، والمراد بالبط الذي يكون
في المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل الخلقة. ولو ذبح حماماً مسرولاً فعليه الجزاء خلافاً لمالك رحمه الله، له
أنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحه لبطء نهوضه. ونحن نقول الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع
بطيرانه وإن كان بطيء النهوض، والاستئناس عارض فلم يعتبر، وكذا إذا قتل ظبياً مستأنساً لأنه
صيد في الأصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير إذا ندّ لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم. وإذا ذبح المحرم
صيداً فذبيحته ميتة لا يحل أكلها. وقال الشافعي رحمه الله يحل ما ذبحه المحرم لغيره لأنه عامل له فانتقل فعله
إليه. ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي، وهذا لأن المشروع هو
الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيراً فينعدم بانعدامه. فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئاً

فعليه

فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا ليس عليه جزاء ما أكل، وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه
في قولهم جميعاً. لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار، وصار كما إذا أكله محرم
غيره. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار أنه محظور إحرامه لأن
إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول
بهذه الوسائط مضافة إلى إحرامه، بخلاف محرم آخر لأن تناوله ليس من محظورات إحرامه. و
لا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده
خلافاً لمالك رحمه الله فيما اصطاده لأجل المحرم. له قوله عليه السلام لا بأس بأكل المحرم لحم الصيد
ما لم يصده أو يصد له. ولنا ما روي أن الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال
عليه السلام لا بأس به، واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم
أو معناه أن يصاد بأمره، ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة
قالوا وفيه روايتان، ووجه الحرمة حديث أبي قتادة وقد ذكرناه. وفي صيد الحرم إذا ذبحه
الحلال عليه قيمته يتصدق بها على الفقراء لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم، قال عليه السلام
في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها، ولا يجزيه الصوم لأنها غرامة وليست بكفارة فأشبه
ضمان الأموال، وهذا لأنه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الأمن، فالواجب على المحرم
بطريق الكفارة جزاء على فعله لأن الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه، فالصوم يصلح جزاء
الأفعال لا ضمان المحال. وقال زفر رحمه الله يجزيه الصوم اعتباراً بما وجب على المحرم، والفرق
قد ذكرناه. وهل يجزيه الهدي ففيه روايتان. ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا
كان في يده، خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد
ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن
لما روينا. فإن باعه رد البيع فيه إن كان قائماً لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام
وإن كان فائتاً فعليه الجزاء لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن الذي استحقه، وكذلك بيع المحرم
الصيد من محرم أو حلال لما قلنا. ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله.
وقال الشافعي رحمه الله عليه أن يرسله لأنه متعرض للصيد بإمساكه في ملكه فصار كما إذا كان
في يده. ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم
إرسالها، وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من إحدى الحجج، ولأن الواجب ترك التعرض

ثم هو ليس بمتعرض من جهته لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير أنه في ملكه ولو أرسله في مفازة
فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيع
فإن أصاب حلال صيدا ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يضمن لأن المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله أنه ملك الصيد بالأخذ
ملكا محترما فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما إذا أخذه في حالة الإحرام
لأنه لا يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته فإذا قطع يده عنه كان متعديا
ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وإن أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه
بالاتفاق لأنه لم يملكه بالأخذ فإن الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر
ما دمتم حرما فصار كما إذا اشترى الخمر فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لأن
الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود
الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل وقال زفر رحمه الله لا يرجع لأن الآخذ مؤاخذ
بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا أن الآخذ إنما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل
فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة العلة فيحال بالضمان عليه فإن قطع حشيش الحرم أو شجره
ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته إلا فيما جف منه لأن حرمتهما ثبتت بسبب الحرم
قال عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لأن
حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته
على الفقراء وإذا أداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لأنه ملكه بسبب محظور شرعا
فلو أطلق له بيعه لتطرق الناس إلى مثله إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد
والفرق ما نذكره إن شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع
ولأن المحرم المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالإنبات وما
لا ينبت عادة إذا أنبته إنسان التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعليه
قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة أخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما
جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لأنه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع إلا الإذخر
وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بالرعي لأن فيه ضرورة فإن منع الدواب عنه متعذر ولنا
ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف

الإذخر

الإذخر لأنه استثناه رسول الله عليه السلام فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة
لأنها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما
فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله عليه دم واحد بناء على أنه محرم
بإحرام واحد عنده وعندنا بإحرامين وقد مر من قبل قال إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم
بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر رحمه الله لأن المستحق عليه عند الميقات
إحرام واحد وبتأخير واجب واحد لا يجب إلا جزاء واحد وإذا اشترك محرمان في
قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لأن كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية
تفوق على الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية وإذا اشترك حلالان في قتل صيد
الحرم فعليهما جزاء واحد لأن الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد
المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما
كفارة وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل لأن بيعه حيا تعرض للصيد
الآمن وبيعه بعدما قتله بيع ميتة ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت أولادا فماتت
هي وأولادها فعليه جزاؤهن لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقي مستحقا للأمن شرعا
ولهذا وجب رده إلى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري إلى الولد فإن أدى جزاءها
ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة لأن وصول الخلف
كوصول الأصل

باب مجاوزة الميقات بغير إحرام

وإذا أتى الكوفي بستان
بني عامر فأحرم بعمرة فإن رجع إلى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وإن رجع و
لم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن رجع
إليه محرما فليس عليه شيء لبى أو لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى أو لم يلب لأن
جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب
ولنا أنه تدارك المتروك في أوانه وذلك قبل الشروع في الأفعال فيسقط الدم بخلاف
الإفاضة لأنه لم يتدارك المتروك على ما مر غير أن التدارك عندهما بعوده محرما لأنه
أظهر حق الميقات كما إذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لأن العزيمة في
الإحرام من دويرة أهله فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء
التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان

العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعدما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم
بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد
الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان
وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله
التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته
البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل وكذا وقت الداخل الملتحق به
فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه
لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت
واحرم بحجة عليه اجزأه من دخوله مكة بغير احرام وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وهو القياس
اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته
لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء
بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في
الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز
الوقت فاحرم بعمرة وافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما
اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر رحمه الله يسقط عنه
وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت
بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجته هو يعتبره بالمجاوزة ينوي بغيرها من المحظورات
ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت فلا
ينعدم بغيره من المحظورات فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى
الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد
الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ
من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى
بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره
عنه فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف
الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه
حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه
لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى
حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم احرم بالحج ولم يأت
بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج
لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله ولان احرام العمرة قد تأكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتأكد
ورفض غير المتأكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه
وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر
الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي قضاء الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان
مضى عليهما اجزأه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل
على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكاب المنهي عنه
وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر قال ومن احرم بالحج ثم احرم
يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق
في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يقصر
فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان
نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان
لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك
يوجب الدم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين
التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى
فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو
دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق
الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات
ولم يأت بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة
فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى

عليهما الرفض وعليه دم لجمعه بينهما لانه جمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما
والمراد بهذا الطواف طواف التحية فانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء
واذا لم يأت بما هو ركن يمكنه ان يأتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز
وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر وهو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال
الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تأكد بشيء من افعاله بخلاف ما
اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته قضاها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة
في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج
فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما
نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا فان مضى
عليها اجزأه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية افعال الحج
فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في الافعال الباقية قالوا
وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل
وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ومشايخنا على هذا فان فاته
الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه
احرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال
فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين وان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان
يرفضها كما اذا احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال
الشافعي رحمه الله لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة
وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية الاحصار وردت في حق الاحصار بالمرض باجماع
اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل
امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة
تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه تذبح فيه ثم تحلل وانما تبعث الى الحرم لان دم الاحصار
قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه
الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال

الشافعي رحمه الله لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف
لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي والشاة ادناه وتجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا
وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث القيمة حتى تشترى
الشاة هنالك فتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام
الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه رضي الله عنهم بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على
افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم ليعرف استحكام
عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان
بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع
في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
الذبح للمحصر بالحج الا في ايام النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه
بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رحمه الله انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان
دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه
لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي
عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت الحج
وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا يتوقت
ولنا ان النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل
لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى
القارن حجة وعمرتان اما الحج واحديهما فلما بينا واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع
فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك
الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء
الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي
لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه و
قد كان عينه لمقصود وقد استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل و
ان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما

في المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي فإنما يستقيم
على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس
وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان
أنه لو ألزمناه التوجه لضاع ماله لأن المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال
كحرمة النفس وله الخيار إن شاء صبر في ذلك المكان أو غيره ليذبح عنه فيتحلل وإن شاء توجه ليؤدي النسك
الذي التزمه بالإحرام وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم أحصر
لا يكون محصرا لوقوع الأمن عن الفوات ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر
لأنه تعذر عليه الإتمام كما إذا أحصر في الحل وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر أما على الطواف فلأن فائت
الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل وأما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسألة خلاف
بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والصحيح ما أعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا أن
وقت الوقوف يمتد إليه وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم
عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل
والعمرة ليست إلا الطواف والسعي ولأن الإحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه
إلا بأداء أحد النسكين كما في الإحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه
لأن التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع
بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها وهي
يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تكره العمرة في
هذه الأيام الخمسة ولأن هذه أيام الحج فكانت متعينة له وعن أبي يوسف أنه لا يكره في يوم عرفة
قبل الزوال لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والأظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن
مع هذا لو أداها صح ويبقى محرما بها فيها لأن الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته
له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة
كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولأنها غير مؤقتة بوقت وتتأدى
بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه أمارة النفلية وتأويل ما رواه أنها مقدرة بأعمال كالحج إذ لا تثبت
الفريضة مع التعارض في الآثار وهي الطواف والسعي والحلق وقد ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير

الأصل في هذا أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلوة أو صوما
أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه السلام أنه ضحى بكبشين أملحين
أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية إحدى
الشاتين لأمته والعبادات أنواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة منهما
كالحج والنيابة تجري في النوع الأول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب
ولا تجري في الثاني بحال لأن المقصود وهو إتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز
للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم إتعاب النفس والشرط العجز الدائم
إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة لأن باب النفل أوسع
ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث
الخثعمية فإنه عليه السلام قال فيه حجي عن أبيك واعتمري وعن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن الحاج
وللآمر ثواب النفقة لأنه عبادة بدنية وعند العجز أقيم الإنفاق مقامه كالفدية في باب الصوم

قال ومن أمره رجلان أن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة
لأن الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن عهدة حجة الإسلام وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له
من غير اشتراك ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه أن يجعله عن
أحدهما بعد ذلك بخلاف ما إذا حج عن أبويه فإن له أن يجعله عن أحدهما لأنه متبرع بجعل ثواب عمله
لأحدهما أو لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وههنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف أمرهما
فيقع عنه ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه وإن أبهم الإحرام
بأن نوى عن أحدهما غير عين فإن مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية وإن عين أحدهما
قبل المضي فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله وهو القياس لأنه مأمور بالتعيين والإبهام يخالفه فيقع عن
نفسه بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك
مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا
بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما إذا أدى الأفعال
على الإبهام لأن المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا قال فإن أمره غيره أن يقرن عنه
فالدم على من أحرم لأنه وجب شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص
بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه وهذه المسألة تشهد لصحة المروي عن محمد رحمه الله أن الحج يقع

عن الآمر وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم
عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه
ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه وان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم
في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها
وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمأمور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو جان
عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف
ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد
حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذا سائر دماء الكفارات
على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت
نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور
قول ابي حنيفة اما عند محمد رحمه الله يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية
اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث
الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة رحمه الله ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم
الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك
قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو القياس ان القدر
الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا ثلث
الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما
وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية و
قال عليه السلام من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية
من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المأمور بالحج قال ومن اهل بحجة
عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك
بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما قررنا
من قبل **باب الهدي** الهدي ادناه شاة لما روي ان النبي عليه السلام سئل عن الهدي

فقال ادناه شاة وهو من ثلاثة انواع من الابل والبقر والغنم لانه عليه السلام لما جعل الشاة ادنى
لابد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف
الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم
كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء الا في موضعين من طاف طواف
الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق
ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة
الاضحية وقد صح ان النبي عليه السلام اكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له ان يأكل
منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل
من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عليه السلام لما احصر بالحديبية
وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي قال له لا تأكل انت ورفقتك منها شيئا
ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الاصل
يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات
باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق ببلوغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي
ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى
فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه
دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده ولنا ان هذه
دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان
من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى
في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى
الى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان
يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رحمه الله لان الصدقة قربة معقولة والصدقة
على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب
باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر
فعسى ان لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف

ودماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وشبه الجناية فيليق بها الستر
قال والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر
قيل في تأويله الجزور وقال تعالى أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح
ما أعد للذبح وقد صح أن النبي عليه السلام نحر الإبل وذبح البقر والغنم ثم إن شاء نحر الإبل
في الهدايا قياما أو أضجعها وأي ذلك فعل فهو حسن والأفضل أن ينحرها قياما لما روي
أن النبي عليه السلام نحر الهدايا قياما وأصحابه رضي الله عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد
اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لأن في حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر
والذبح هو السنة فيهما قال والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك لما روي
أن النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي
عليا ولأنه قربة والتولي في القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع إلا أن الإنسان قد لا يهتدي
لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي أجرة الجزار منها
لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط أجرة الجزار منها ومن
ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبها وإن استغنى عن ذلك لم يركبها لأنه جعلها خالصا
لله تعالى فما ينبغي أن يصرف شيئا من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله إلا أن يحتاج
إلى ركوبه لما روي أنه عليه السلام رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله أنه كان
عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وإن كان لها لبن
لم يحلبها لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد
حتى ينقطع اللبن ولكن هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح فإن كان بعيدا منه يحلبها
ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته لأنه
مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فإن كان تطوعا فليس عليه غيره لأن القربة تعلقت
بهذا المحل وقد فات وإن كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه لأن الواجب باق في ذمته
وإن أصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لأن المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره
وصنع بالمعيب ما شاء لأنه التحق بسائر أملاكه وإذا عطبت البدنة في الطريق فإن كان تطوعا
نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل هو ولا غيره من الأغنياء
بذلك أمر رسول الله عليه السلام ناجية الأسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك

أن يعلم الناس أنه هدي فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء وهذا لأن الإذن بتناوله معلق
بشرط بلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من
أن يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود قال وإن كانت واجبة
أقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لأنه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه قال
ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لأنه دم نسك وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به
ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات لأن سببها الجناية والستر أليق به ودم الإحصار
جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لأنه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها
عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

مسائل منثورة

أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا
بما إذا وقفوا يوم التروية وهذا لأنها عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما
وجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفي وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لأن المقصود منها
نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولأن فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك
غير ممكن وفي الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما إذا وقفوا
يوم التروية لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة ولأن جواز المؤخر له
نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس
انصرفوا لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة وكذا إذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال
ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن
رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى فإن رمى الأولى ثم الباقيتين فحسن
لأنه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الأولى وحدها أجزأه لأنه تدارك المتروك في وقته وإنما
ترك الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتبا فصار كما إذا سعى
قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق
الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لأنه تابع للطواف لأنه دونه والمروة عرفت منتهى
السعي بالنص فلا يتعلق به البداية ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لا يركب حتى يطوف
طواف الزيارة وفي الأصل خيره بين الركوب والمشي وهذا إشارة إلى الوجوب وهو الأصل لأنه
التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما إذا نذر بالصوم متتابعا وأفعال الحج تنتهي

بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل من حيث يفتي لان الظاهر هو المراد ولو ركب اراق دمًا لانه ادخل نقصًا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي فلا يشق عليه ينبغي ان لا يركب قال ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رحمه الله يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامعها والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيمًا لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعًا فقد جعلت للانشاء شرعًا دفعًا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازًا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلًا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافًا الى ما بعد الموت ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين

عدولًا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلِّدًا فيصلح مقلَّدًا وكذا شاهدًا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملًا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد انما ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلًا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرًا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرًا ومعبرًا فيبقى المزوج شاهدًا وان كان الاب غائبًا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرًا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز والله اعلم

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع قال ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت بالاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين ويعدى حكمهما على الاطلاق الى كل امرأتين لو فرضت احديهما ذكرا حرمت الاخرى عليه لعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب او الرضاع نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرورة فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها

قال ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها الخ ولا الجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر كذا في النهاية الخ فان قيل ما فائدة التكرار بحكم واحد بعبارتين مختلفتين في موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وبين عمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين ابنة اخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة السرخسي قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النفي عن ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولعل ابن الهمام يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث بخصوصه يستلزم جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا اولا ولم تثبت بمعلومية ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا يسمى انه يتطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات نسخ عموم قوله واحل لكم ما وراء ذلكم بتقديره موهوما كيلا يتكرر النسخ في زمان ينسخ بخبر مشهور ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك

ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة
على الكتاب بمثله • ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احدهما رجلا لم يجز له ان يتزوج
بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع
ولو كانت المحرمية بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة
وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع • وقال زفر رحمه الله
لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه • قلنا امرأة
الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه • والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب •
ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وبنتها • وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب
حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور • ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة
الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه
وكذلك على العكس • والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة
والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا • ومن مسته امرأة بشهوة
حرمت عليه امها وابنتها • وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه
امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة • له ان النظر والمس
ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال
فلا يلحقان به • ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط
ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح • والمعتبر النظر الى
الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها • ولو مس فانزل فقد قيل يوجب
الحرمة والصحيح انه لا يوجب لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا
اتيان المرأة في الدبر • واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج
باختها حتى تنقضي عدتها • وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث
يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع • ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب
الحد • ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش
والقاطع تأخر عمله الى زمان ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق
وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع

فرع ما ذكرنا فيفسد جانبها ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها لأن النكاح ما شرع
إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على
الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أي العفائف
ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما نبين إن شاء الله ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج الصابيات إن كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرون بكتاب لأنهم من أهل الكتاب وإن كانوا يعبدون الكواكب
ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لأنهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم
فكل أجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في
حالة الإحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف
له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي أنه عليه السلام تزوج بميمونة وهو
محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من
تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه
وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه وله
أن لا يحصل الأصل فيكون له أن لا يحصل الوصف ولا يتزوج أمة على حرة لقوله عليه السلام
لا تنكح الأمة على الحرة وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك
رحمه الله في تجويزه برضا الحرة ولأن للرق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق
إن شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله
عليه السلام وتنكح الحرة على الأمة ولأنها من المحللات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها فإن
تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لأن هذا ليس
بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولأبي حنيفة أن نكاح الحرة
باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل
غيرها في قسمها وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة

عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده والحجة عليه ما تلوناه
إذ الأمة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من
اثنتين وقال مالك رحمه الله يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير إذن المولى
ولنا أن الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر أربعا إظهارا لشرف الحرية فإن طلق
الحر إحدى الأربع طلاقا بائنا لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي
وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت قال فإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها
حتى تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله النكاح فاسد وإن
كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع لأبي يوسف رحمه الله أن الامتناع في الأصل لحرمة الحمل وهذا
الحمل محترم لأنه لا جناية منه ولهذا لم يجز إسقاطه ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة
الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني
فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لأنه ثابت النسب وإن زوج أم ولده وهي حامل منه
فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل
الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به
الحمل قال ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها فإنها لو جاءت
بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه وإذا
جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أحب
أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه ولهما أن الحكم بجواز النكاح
أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل وكذا
إذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما وقال محمد رحمه الله لا أحب
أن يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة
بكذا من المال وقال مالك رحمه الله هو جائز لأنه كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه قلنا ثبت
النسخ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وابن عباس رضي الله عنه صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الإجماع و
النكاح الموقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام وقال زفر رحمه الله
هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود
للمعاني ولا فرق بينهما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة

وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل
نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع
لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل له عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت
بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطأها وهو
قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار
ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف
الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم
النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد
عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رحمه الله ينعقد موقوفا وقال مالك رحمه الله والشافعي رحمه الله لا ينعقد النكاح
بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول
يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة
ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى
الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز من غير الكفو لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد رحمه الله
الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة
وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها
حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ
بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها
دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استأذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام
البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن
اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهية

وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضاء واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال
وان فعل هذا غير ولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا
السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء
بمثله للحاجة ولا حاجة في غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه
ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط
تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه
الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها
بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع
من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار
لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة
ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى
بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة
رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها
مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما
اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك
النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت
اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه
يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت
النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي
مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير
والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله
يخالفنا في غير الاب والشافعي رحمه الله في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك
رحمه الله ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان الولاية الاب

ثبتت نظراً بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا الانكاح
النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا
الولاية في حالة الصغر احرازاً للكفو وجه قول الشافعي رحمه الله ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب
والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك
في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور
اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تثبت الولاية
الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان النيابة تتحقق بحدوث
الرأي بوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيراً ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة
تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام
النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب
في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار
لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما
بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح
وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتباراً بالاب
والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى
المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول
الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر
فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو
تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاماً في حق الآخر فيفتقر الى القضاء و
خيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعاً
والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت
فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح
لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار
لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة
لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار

الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج
قبل البلوغ اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد
الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم
الخلل فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات
الزوج وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق
لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج
هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا
اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى
بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح
ثم موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا
مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية
ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين سبيلاً ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر
فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء
بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث قال ولغير العصبات من
الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان
وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف رحمه الله
في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد رحمه الله لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت
صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رحمه الله ان
الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة
ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر
العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان
يزوج وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقاً له صيانة
للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته

ولكن أن يزوج بولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الأقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رأيه وهذا أقرب الى الفقه لأنه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله أبوها لأنه أوفر شفقة من الابن ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأب الأم مع بعض العصبات

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام ألا لا يزوج النساء الا الأولياء ولا يزوجن الا من الأكفاء ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لأن الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن أنفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لأنه يقع به التفاخر فقريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض والأصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله كذلك الا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة وأما الموالي فمن كان له أبوان في الاسلام فصاعداً فهو من الأكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الاسلام لا يكون كفواً لمن له أبوان في الاسلام لأن تمام النسب بالأب والجد وأبو يوسف رحمه الله ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن أسلم بنفسه لا يكون كفواً لمن له أب واحد في الاسلام لأن التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة وتعتبر أيضاً في الدين أي في الديانة وهذا قول أبي حنيفة

وأبي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى أحكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج الى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به قال ويعتبر في المال وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفواً لأن المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وفي النفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعتبر لأنه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن أبي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا تعتبر الا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها ووجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة واذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية هي المقصود في التصرف المالي والدليل قد عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبداً أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز قال رضي الله عنه

عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا
ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك
او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في كتاب الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان
عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو
والله اعلم

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد
انضمام وازدواج في اللغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج
الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله
واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون
التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا
لشرف المحل فيتقدر بما له خطر في الشرع وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من
عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان التسمية لا تصلح مهرا فكانعدامه
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد
رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك
من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند
الثلثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان
دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح
نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول والخلوة
فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية والاقيسة متعارضة
ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه
النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها
ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال
الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه لا يجب في الدخول ايضا لان المهر خالص حقها فتتمكن
من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما
يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة
لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الاية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما لا يجوز
لان الظاهر عدم الكفاءة فلا يجوز والله اعلم

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

ويجوز لابن العم
ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه
فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا
ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة
في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق
اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن
الشطرين فلا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه
المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا
عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي
رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات
الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد
موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا
اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال اخر اشهدوا اني زوجتها
منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز
وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب
عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع
هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق
والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر
العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى
العقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه
حتى يلزم فيتم به قال ومن امر رجلا بان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة
منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا التعيين
لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز

رحمه الله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن
عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها وهو قول
الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم و
يعرف ذلك في الأصل وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها إن دخل بها
أو مات عنها وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الأول نصف هذا
المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه مفروض فيتنصف بالنص ولنا أن هذا الفرض تعيين
للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد
إذ هو الفرض المتعارف وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره
في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول
أبي يوسف رحمه الله أولا تتنصف مع الأصل لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده
المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وإن حطت عنه من مهرها صح الحط لأن المهر بقاء حقها
والحط يلاقيه حالة البقاء وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها
فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء
فلا يتأكد المهر دونه ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها
في البدل اعتبارا بالبيع وإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل
أو بعمرة أو كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها لها نصف المهر لأن هذه
الأشياء موانع أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر
وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والإحرام
لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وإن كان أحدهما
صائما تطوعا فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول
في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه والصلاة
بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين لأن الحكم أدير على
سلامة الآلة ولأبي حنيفة رحمه الله أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به قال

وعليها العدة

وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد
فلا يصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر لأنه مال لا يحتاط في إيجابه وذكر القدوري في شرحه أن المانع
إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام
التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد
سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة إلا لهذه لأنها وجبت صلة من الزوج لأنه
أوحشها بالفراق إلا أن في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ في هذه
الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل
ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئا منه فلا تجب
مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الإيحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل
وإذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الزوج بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر
فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمه الله بطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقا والنصف
منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب ولنا أنه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد
ويجب مهر المثل كما إذا سمى الخمر أو الخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وإن تزوج حر امرأة على خدمته
إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته سنة وإن تزوج
عبد حرة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم
القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأن بذلك يتحقق
المعاوضة فصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع
إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال
لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه
من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى
حيث يخدمها بإذنه وأمره وبخلاف رعي الأغنام لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة
على أنه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم
لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل
لأن الخدمة ليست بمال إذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لأن تقومه بالعقد
للضرورة فإذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الأصل وهو مهر المثل قال فإن تزوجها

على ألف فقبضتها ثم وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لأنه لم يصل اليه
بالهبة عين ما يستوجبه لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان
المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الألف حتى وهبتها له
ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف
الصداق وهو قول زفر رحمه الله لأنه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول
وجه الاستحسان أنه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي
باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره
أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما بشيء على صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد
ولأبي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب
الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا
تتنصف ولو وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما
بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبته له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته
لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق
سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف
ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لأنه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على
حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب لأن المقبوض متعين في الرد وهذا لأن الجهالة
تحملت في النكاح فاذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على ألف على أن
لا يخرجها من البلد أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهرا
وقد تم رضاها به وان تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها لأنه سمى ما لها فيه نفع فعند
فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف ولو تزوجها
على ألف ان أقام بها وعلى ألفين ان أخرجها فان أقام بها فلها الألف وان أخرجها فلها مهر المثل
لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان
حتى كان لها الألف ان أقام بها والألفان ان أخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان

ويكون

ويكون لها مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزاد على الألفين وأصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته
اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينه ان شاء الله ولو تزوجها على هذا
العبد أو على هذا العبد فان كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس وان كان أكثر من
أرفعهما فلها الأرفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لها الأوكس
في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالاجماع لهما أن المصير الى
مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد أمكن ايجاب الأوكس اذ الأقل متيقن فصار كالخلع و
الاعتاق على مال ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب الأصلي مهر المثل اذ هو الأعدل والعدول عنه
عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لأنه لا موجب له في
البدل الا أن مهر المثل اذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان أنقص من
الأوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف
الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير
موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء أعطاها ذلك وان شاء
أعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن
تزوجها على فرس أو حمار أما اذا لم يسم الجنس بأن تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب
مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لأن عنده ما لا يصلح ثمنا
في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال
فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير وشرطنا
أن يكون المسمى مالا وسطا معلوما رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لأنه يشتمل
على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط لاختلاف
معاني الأجناس وبخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه
على المسامحة وانما يتخير لأن الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت القيمة أصلا في حق الايفاء
والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل
ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه أن هذه جهالة الجنس اذ الثياب أجناس و
لو سمى جنسا بأن قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب
في ظاهر الرواية لأنها ليست من ذوات الأمثال وكذا اذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى

دون صفته وإن سمّى جنسه وصفته لا يخيّر لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا
صحيحا. فإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لأن شرط
قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لأنه تبطل بالشروط
الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل
فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا لها مثل وزنها خلا. وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تجب القيمة لأبي يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه
فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم
وأبو حنيفة رحمه الله يقول إذا اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود
وهو التعريف فكأنه تزوج على خمر أو حر ومحمد رحمه الله يقول الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه
يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا والوصف يتبعه وإن كان
من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل المشار إليه وليس بتابع له والتسمية أبلغ
في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية والإشارة تعرف الذات ألا ترى أن من اشترى
فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على أنه
ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسألتنا الحر مع العبد جنس واحد
لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد. فإن تزوجها
على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة
لأنه مسمى ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر
لو كان عبدا لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة
العبد لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام
مهر المثل. وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لأن المهر فيه
لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه
لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء. فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى
عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية

فإذا زادت

فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة
على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته
وعليها العدة إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر
ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة
النكاح ورفعها بالتفريق. ويثبت نسب ولدها لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء
للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله
وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره. قال ومهر مثلها
يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها
وهن أقارب الأب ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر
في قيمة جنسه ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فإن كانت
الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها
ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد
والعصر لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار و
العصر قالوا ويعتبر التساوي أيضا في البكارة لأنه يختلف بالبكارة والثيوبة. وإذا ضمن
الولي المهر صح ضمانه لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار
في مطالبتها زوجها أو وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي إذا أدى على الزوج
إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة
بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغيرة وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبر في النكاح
وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب
بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه
قال وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها إلى أن يسافر بها ليتعين حقها
في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر و
الخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل لأن حق الحبس لاستيفاء
المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها

لا يسقط حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مستوفى بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى جناية اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها من بلدها الى غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجرة يحكم قيمة الصبغ ثم ذكرنا هنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسألة في الاصل في الالف والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج ادعى الالف والمرأة الالفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل

وان اقاما

وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا يحكم مهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسب من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين اما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر رحمه الله لها مهر المثل في الحربيين ايضا لان الشرع ما وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات

وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك
منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب
بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من
اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب وعلى غيره يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت
وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية
على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام
قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان
القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار
كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول لو كانا
مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى
مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فيجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض و
لابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه وبالقبض
ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين
القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد
بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ
قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام
تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة
ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا
باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام
ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه
بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح
على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذلك
المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد
لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين

وجب

وجب في رقبته لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق
برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر
ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما
لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة
لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد
اذ هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق
الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا
فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان
الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف
الى الجائز لا غير فلا يكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من
النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف
الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري على
اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على
اعتبار وجود الوطي ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة
جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سببه
ولاية المولى بملك الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح
النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج
امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امة فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم
المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له
فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له
ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه
ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح
وعن الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية
والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها
فيملك تمليكه ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان

فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما
ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه
المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها
اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في
حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة
نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى
امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها
حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه معتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج
امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يجب له ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص
حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه
ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة وان
تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة
حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين
والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق
فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة
يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها
برضاها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد
وجدناه في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان واذا تزوجت امة بغير اذن مولاها
ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان
النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت
بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع
مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف
المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب
مهر آخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن
وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه

ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة
الى ابقاء النسل دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا
الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب
فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي لاقى ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر
والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم
الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة
عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك
الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك
من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد
للشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له و
لا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه
ملكه اخوه فعتق عليه واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل
فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون
الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور
عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا
انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق
طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق
عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم يسم مالا
لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول
سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه
كفارة ظهار فامر غيره بان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته
اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر
في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه والله اعلم

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام

والمرافعة إلى الحكام. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة رحمه الله
وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله. لهما أن الخطاب عام على ما مر فيلزمهم وإنما لا نتعرض لهم
إعراضا لا تقريرا. وإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق. ولهما أن
حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين إياها، وحرمة النكاح بغير شهود
مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحرمة
لا يمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا
للزوج لأنه لا يعتقده بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده. وإذا صح النكاح
فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء، والشهادة ليست شرطا فيها، وكذا العدة
لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة. فإن تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما
فرق بينهما لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة
ووجب التعرض بالإسلام فيفرق بينهما. وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية
تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لأنها لا تنافيه. ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما
وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما. والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة
صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام
يعلو ولا يعلى. ولو ترافعا يفرق بالإجماع لأن مرافعتهما كتحكيمهما. ولا يجوز أن يتزوج
المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل
والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه. وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لأنها
محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها، ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح، والنكاح ما شرع
لعينه بل لمصالحه. فإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما
وله ولد صغير صار ولده مسلما بإسلامه لأن في جعله تبعا له نظرا له. ولو كان أحدهما
كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر، والشافعي رحمه الله
يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح. وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي
عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرق بينهما، وكان ذلك طلاقا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.
وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت فهي امرأته وإن أبت فرق القاضي
بينهما ولم يكن ذلك طلاقا. وقال أبو يوسف رحمه الله لا يكون طلاقا في الوجهين. أما العرض فمذهبنا

وقال الشافعي

وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الإسلام لأن فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض
لهم، إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكد فيتأجل
إلى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق. ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتني عليه
الفرقة، والإسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت
الفرقة بالإباء. وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون
طلاقا كالفرقة بسبب الملك. ولهما أن بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته
عليه بالإسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة. أما المرأة فليست
بأهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند إبائها. ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان
دخل بها لتأكده بالدخول، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها لأن الفرقة من قبلها والمهر
لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة. وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو
أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين
من زوجها. وهذا لأن الإسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الإسلام متعذر
لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب
كما في حفر البئر. ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها. والشافعي رحمه الله يفصل كما مر
له في دار الإسلام. وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها، وإن كانت
هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما، وسيأتيك أخواته. وإذا أسلم
زوج الكتابية فهما على نكاحهما لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى.
وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما. وقال
الشافعي رحمه الله لا تقع. ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما، وإن سبيا معا
لم تقع. وقال الشافعي رحمه الله تقع في السبي. فالحاصل أن السبب هو التباين عندنا دون
السبي وهو يعكسه. له أن التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي
المستأمن والمسلم المستأمن، أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع
النكاح، ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي. ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما
لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية، والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء
فكذلك بقاء، وصار كالشراء. ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل

النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع * وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة
جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لأن الفرقة وقعت
بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام * ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أثر النكاح المتقدم
وجبت إظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي * ولهذا لا تجب على المسبية وإن كانت حاملا
لم تتزوج حتى تضع حملها * وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصح النكاح ولا يقربها الزوج حتى
تضع حملها كما في الحبلى من الزنا * وجه الأول أنه ثابت النسب فإذا ظهر الفراش في حق النسب
يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا * وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة
بغير طلاق * وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله * وقال محمد رحمه الله إن كانت الردة من الزوج
فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالإباء والجامع ما بيناه * وأبو يوسف رحمه الله مر على ما أصلنا له في
الإباء * وأبو حنيفة رحمه الله فرق * ووجهه أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة
والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقا بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف فيجب
التسريح بالإحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم
إذا كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها وإن كانت
هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لأن الفرقة من قبلها وإن
ارتدا معا وأسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا * وقال زفر رحمه الله يبطل لأن ردة أحدهما
منافية وفي ردتهما ردة أحدهما * ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم
الصحابة رضوان الله عليهم بتجديد الأنكحة * والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو أسلم أحدهما
بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائه ٥

باب القسم

وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم
بكرين كانتا أو ثيبين أو كانت إحداهما بكرا والأخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له
امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل * وعن عائشة رضي الله عنها
أن النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك
فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء
لإطلاق ما روينا ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار
في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة

لا في المجامعة لأنها تبتني على النشاط * وإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من
القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة فلا بد من إظهار
النقصان في الحقوق * والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم قال
ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والأولى أن يقرع بينهن
فيسافر بمن خرجت قرعتها * وقال الشافعي رحمه الله القرعة مستحقة لما روي أنه عليه السلام كان
إذا أراد السفر أقرع بين نسائه إلا أنا نقول إن القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب
الاستحباب وهذا لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة
منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة * وإن رضيت إحدى الزوجات
بترك قسمها لصاحبتها جاز لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه السلام
أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها * ولها أن ترجع في ذلك لأنها أسقطت حقا
لم يجب بعد فلا يسقط والله أعلم

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل
في مدة الرضاع تعلق به التحريم * وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات لقوله
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان * ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي
أرضعنكم الآية * وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولأن الحرمة وإن
كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بالفعل
الإرضاع وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به وينبغي أن يكون في مدة الرضاع على ما نبين
ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله
وقال زفر رحمه الله ثلاثة أحوال لأن الحول حسن للتحول من حال إلى حال ولا بد من الزيادة على
الحولين لما نبين فيقدر به * ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها
ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام لا رضاع بعد حولين * وله هذه الآية ووجهه
أنه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب
للدينين إلا أنه قام المنقص في أحدهما فبقي في الثاني على ظاهره * ولأنه لا بد من تغير الغذاء
لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة
الحمل لأنها مغيرة فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول
على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب * وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق

بالرضاع محرم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة
اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه
ووجه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة فقد قيل لا يباح لان اباحته
ضرورية لكونه جزء الآدمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا
ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون
امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من
النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه او امرأة
ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في
النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة
صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل منه اللبن
ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية
واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع
وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب
لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل
باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب
اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي
واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ و
اخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعتها لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه
ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع واذا
اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي
هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في
اليمين واذا اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا
يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة
ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام

عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به
التحريم لان اللبن يبقى مقصودا اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن
الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب
كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل
صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله تعلق التحريم
بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة
رحمه الله في هذا روايتان واصل المسألة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق
به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها
فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة
ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة
ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن
وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت
فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله انه تثبت به الحرمة كما يفسد به
الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما
المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل
للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو و
النمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق
به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة
فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك
حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول
وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها
غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد
وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين
والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى
الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال

أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لالتزام المهر بل هو سبب لسقوطه إلا أن نصف المهر يجب
بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه إبطال النكاح وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي
كحفر البئر ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد أما إذا لم تعلم
بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد
لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا
وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء
منفردات وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله يثبت بشهادة
امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد
كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال
الملك في باب النكاح وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين بخلاف اللحم لأن
حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعي فالأحسن أن يطلق الرجل
امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لأن الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندهم
من أن يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة
ولا خلاف لأحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق الرجل المدخول بها
ثلاثا في ثلاثة أطهار وقال مالك رحمه الله إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق
هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث
ابن عمر رضي الله عنهما إن من السنة أن يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة
ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر
الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا إلى دليلها ثم قيل الأولى أن يؤخر الإيقاع
إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والأظهر أنه يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر
ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة
أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان
عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد

الحكم والمشروعية لا تجامع مع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة
عليها لا الطلاق ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلق به
المصالح الدينية والدنيوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث
وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها والحاجة في نفسها باقية فأمكن
تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث إنه إزالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى
في غيره وهو ما ذكرناه وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت
الرواية في البائنة الواحدة قال في الأصل إنه أخطأ السنة لأنه لا حاجة إلى إثبات الصفة
الزائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزا والسنة
في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها
المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها
خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لأن المراعى دليل الحاجة وهو الإقدام على
الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض زمان النفرة و
بالجماع مرة تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رحمه الله
هو يقيسها على المدخول بها ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض
ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر وإذا كانت المرأة لا تحيض من
صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى
فإذا مضى شهر طلقها أخرى لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي
يئسن من المحيض من نسائكم إلى أن قال واللائي لم يحضن والإقامة في حق الحيض خاصة
حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم إن كان الطلاق في أول الشهر
تعتبر الشهور بالأهلة وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك
عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة وهي مسألة الإجارات
قال ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل
بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولأن بالجماع تفتر الرغبة وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا أنه
لا يتوهم الحبل فيها والكراهة في ذوات الحيض باعتبار أنه عند ذلك يشتبه وجه العدة
والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لأنه يرغب في وطء غير معلق

فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب
الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق
أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع. وتطليقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين
بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة إلا واحدة لأن الأصل
في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها
فصار كالممتد طهرها. ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة
وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد
طهرها لأن العلم في حقها إنما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل. وإذا طلق الرجل
امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له
أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد
الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر
ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة. قال رضي الله عنه
وهكذا ذكر في الأصل. وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة. قال أبو الحسن
الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الأصل قولهما. ووجه المذكور في الأصل
أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية
ولا تتجزأ فتتكامل. ووجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه
لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه. ومن قال لامرأته وهي من ذوات
الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر
تطليقة لأن اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه. وإن نوى أن تقع
الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة
الطهر أو في الحيض. وقال زفر رحمه الله لا تصح فيه نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة. ولنا
أنه محتمل لفظه لأنه سني وقوعا من حيث إن وقوعه بالسنة لا إيقاعا فلم يتناوله
مطلق كلامه وينتظم عند نيته. وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت
الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالحيض
في حق ذوات الأقراء على ما بينا. وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة وقعن عندنا لما قلنا

بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لأن
نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث إن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم
الواقع فيه فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث.

فصل

ويقع طلاق
كل زوج إذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق
جائز إلا طلاق الصبي والمجنون ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم
الاختيار. وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إن الإكراه لا يجامع الاختيار
وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق. ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق
في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لأنه عرف
الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به
كالهازل. وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي رحمهما الله أنه لا يقع وهو أحد قولي
الشافعي رحمه الله لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء.
ولنا أنه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله
بالصداع نقول إنه لا يقع طلاقه. وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت معهودة
فأقيمت مقام العبارة دفعا للحرج وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى. وطلاق
الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا
وقال الشافعي رحمه الله عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة
بالنساء ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل
فكانت مالكيته أبلغ وأكثر. ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان
ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة الواحدة لا تتجزأ
فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي أن الإيقاع بالرجال. وإذا تزوج العبد امرأة الحرة وقع طلاقه
ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى.

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت
طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل
في غيره فكان صريحا وأنه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال
وكذا إذا نوى الإبانة لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق

عرفاً فلم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به
الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير
مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال
انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً ولا يقع
الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق
ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصباً على التمييز
ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر
الطالق ذكر لطلاق هو صفة المرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر
محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً كقولك اعطيته جزيلاً اي عطاء جزيلاً واذا قال انت الطلاق
او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقاً فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة
رجعية وان نوى ثلاثاً فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت
وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه فانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة
الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق
وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضاً ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعياً لما بينا
انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه
اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين
فيها خلافاً لزفر رحمه الله هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت
نية الثنتين ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنساً حتى لو كانت الامة
تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد
وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما
ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق
لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولاً بها
ولو اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل
ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او روحك او بدنك
او جسدك او فرجك او وجهك طالق لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر

وكذا غيرها

وكذا غيرها قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام
لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى
نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك
ان طلق جزءاً شائعاً منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع
وغيره فكذا يكون محلاً للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال
يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء
معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلاً
لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع
بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا
الجزء وفي الطلاق الامر على العكس ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها
او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد
ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليها بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته
اليه فكذا يكون محلاً للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن
وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقاً تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر
بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف
تطليقتين فهي طالق ثلاثاً لان نصف التطليقتين تطليقة واحدة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف
يكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان
لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها
فتصير ثلاثاً ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو
قال من واحدة الى ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع
واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعتك من هذا
الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل
كما يقول لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل
من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرنا

وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرنا والاصح في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد
ان يكون موجودة ليترتب عليها الغاية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة
قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال
انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر
يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله وقلنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء
لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث
لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة
كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تاتي بمعنى
مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق
لا يصلح ظرفا فلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان
وعند زفر رحمه الله ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث
وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة
يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر
لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل
البلاد وكذلك لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به
اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق
اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل
للمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك
بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم
وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي
تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة
فلغى اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في الغد وقال نويت آخر النهار دين
في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد
فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف

واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف
والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين
آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي
الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد ونظيره اذا قال والله لاصومن
عمري ونظيره الآخر والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس
وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو
كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة
بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية
ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال
انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك
وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك
او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث
سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى
ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم
لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة حتى يموت فيقع بالموت
وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق اذا سكت لان كلمة اذا للوقت قال
الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس
يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت
لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة رحمه الله انه يستعمل في
الشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل
وان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط
يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت
يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق

فهي طالق بهذه التطليقة معنى • قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقع الثنتان إن كانت
مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق
قبل أن يفرغ منها • وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لأن البر هو المقصود
ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى • وأصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل
بالنقلة من ساعته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى • ومن قال لامرأته يوم أتزوجك
فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل
ممتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا أليق به • ويذكر ويراد به مطلق الوقت
قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره • والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد
والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار • ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين
في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة
هو اللغة والله أعلم

فصل

ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى
طلاقا • ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق • وقال الشافعي رحمه الله
يقع الطلاق في الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت
المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما • والطلاق وضع لإزالتهما
فيصح مضافا إليه كما يصح مضافا إليها كما في الإبانة والتحريم • ولنا أن الطلاق لإزالة القيد
وهو فيها دون الزوج ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لإزالة الملك
فهو عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة
الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصحت إضافتهما إليهما
ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها • ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء • قال رضي الله عنه
كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف • وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله آخرا وعلى قول محمد
وهو قول أبي يوسف رحمهما الله أولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله في كتاب الطلاق فيما إذا قال
لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء ولا فرق بين المسألتين فإن كان المذكور هنا قول الكل
فعن محمد رحمه الله روايتان • له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي
فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك
في أصل الإيقاع فلا يقع • ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ألا ترى أنه

لوقال

لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا يطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث
وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة
على ما مر وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الإيقاع فلا يقع شيء
ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له لأن
موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما • وإذا ملك الزوج امرأته أو شقصا منها
أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين المالكين أما ملكها إياه فللاجتماع
بين المالكية والمملوكية • وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك
اليمين فينتفي • ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا
بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما بينا
من المنافاة • وعن محمد رحمه الله أنه يقع لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول لأنه لا عدة
هناك حتى حل وطؤها له • وإن قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك
إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ
ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة و
المعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وإذا كان
التطليق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون
الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين
وهو أن كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى فإن مع العسر يسرا إن مع
العسر يسرا فيحمل عليه لدليل ما ذكرنا من معنى الشرط • ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق
ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره و
عدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله • وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة
لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وإنما ينعقد
المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل
فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فيطلق بعد العتق فصار كالمسألة الأولى ولهذا تقدر
عدتها بثلاث حيض • ولهما أنه علق التطليق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها
وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة بخلاف المسألة الأولى لأنه علق

علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق. واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك. ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد محتمليه ومسألة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل. ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع. وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البائن هو البدعة وطلاق الشيطان بائنا. وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية. وعن محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا يثبت البينونة بالشك. وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف. وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا. وقال ابو يوسف

رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحيده. ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلاثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما يصح نية الثلاث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو كالف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما. وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف. واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل. ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف. وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة. وعند زفر رحمه الله ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي. وقيل محمد رحمه الله مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف رحمهم الله. وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل. ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض. وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو. ولو نوى الثلاث في جميع الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن.

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة. فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة. وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انه

بانت بالأولى ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا
لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد وإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع
فبطل وكذا إذا قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى
ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والأصل أنه متى ذكر
شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله
جاءني زيد قبله عمرو وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبلية
في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية
في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى ولو قال لها أنت طالق
واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية
فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال
فيقترنان فيقعان وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لأن
البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقترنان
ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان لأن كلمة مع للقران
وعن أبي يوسف رحمه الله في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لأن الكناية تقتضي سبق المكني عنه
لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى
ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة
عند أبي حنيفة وقالا تقع ثنتان وإن قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار
فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فيتعلقن جملة
كما إذا نص على الثلاث أو أخر الشرط وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى
اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا تقع الزائدة على الواحدة بالشك
بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام فيتوقف عليه الأول فيقعن جملة ولا مغير فيما
إذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله
وذكر أبو الليث رحمه الله أنه تقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح وأما الضرب
الثاني فهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها غير موضوعة للطلاق
بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته قال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ

يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها إلا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت
واحدة أما الأولى فلأنه يحتمل الاعتداد عن النكاح ويحتمل الاعتداد عن نعم الله فإن
نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها
تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها
وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نوى
حصل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو أن يكون واحدة عنده أو عند قومه
ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية ولا يقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق
فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمرا أولى وفي قوله أنت واحدة
وإن صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث ولا معتبر بإعراب الواحدة
عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب قال وبقية الكنايات
إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة
وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخلية
وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة
وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الأزواج لأنها تحتمل الطلاق
وغيره فلا بد من النية قال إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا
يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه قال رضي الله عنه سوى بين هذه الألفاظ وهذا فيما لا يصلح
ردا والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة
الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا
وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية والقول قوله في إنكار النية
لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية
برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال
الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا
المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فيحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد
أو السب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك
فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن أبي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك لي عليك

وخليت سبيلك وفارقتك لانه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب
ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي
لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق
معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية
شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا
ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست كنايات
على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص
العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة
الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر
رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال
نويت بالاول طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته
في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا
فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق
بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء
لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع
الا واحدة لان الحالة عند الاوليين لم تكن حالة مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج
على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين
مع اليمين

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

واذا قال لامرأته
اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في
مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس
باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع
لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة
بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها
بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من
غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر

غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء
وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه
لاجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولانه تمكين لها من استدامة نكاحها او فراقها فيملكه اقامة
مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك
في البائن قال ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة
قد تتنوع قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت
فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم
ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت يقع واحدة بائنة لان
كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت
قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الانفراد والاتحاد واختيارها نفسها هو الذي
يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع
الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت
انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال
لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت
لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال
وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه
تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن
حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى
او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق
واحدة وانما لا يحتاج الى النية بدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر
لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما
يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام
للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق التبع ولو قالت اخترت
اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة
للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي

بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها
اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة
فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة
للرجعة

فصل في الامر باليد

ولو قال لها امرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت
نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة
صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث
وان قالت قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان
الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها
تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له
فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلاث في
قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله
اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم
وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان بيدها
بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة
الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله
هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت
والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك
اليوم وغدا تدخل الليلة في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها
في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما
لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك
في يومين وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تطلق نفسها غدا لانها
لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم
لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين
لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك
غدا انهما امران لانه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم

يقدم

يقدم فلان فلم يعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم
المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته
ولو جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر
لان هذا تمليك الطلاق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك
يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها وان كانت لا تسمع فمجلس علمها
وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف عليها وراء المجلس ولا يعتبر
مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا
اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه
في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي
بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر
فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله
ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة
فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت
قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون
اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر
في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون
بالامر فكان اعراضا والاول اصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف
ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة
لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض فان كانت تسير
على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة
ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها
الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة
رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله
طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء

الجنس فيها فتعمل فيه نية الثلاث وتنصرف إلى الواحد عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لأن
المفوض إليها صريح الطلاق. ولو نوى الثنتين لا يصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكوحة أمة لأنه
جنس في حقها. ولو قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي
لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لها أبنتك ينوي به الطلاق أو قالت أبنت نفسي
فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفا
وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة و
ينبغي أن يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال
لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال
الزوج قد أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقا بالإجماع إذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك
ليس بتخيير فيلغو. وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها
إذ الإبانة تغاير الطلاق. وإن قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه لأن فيه معنى اليمين
لأن فيه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك
بخلاف ما إذا قال لها طلقي ضرتك لأنه توكيل وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع. ولو قال لها
طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده لأن كلمة متى عامة في الأوقات
كلها فصار كما إذا قال في أي وقت شئت. وإن قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في
المجلس وبعده وله أن يرجع لأنه توكيل وإنه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله
لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا. ولو قال لرجل طلقها
إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا
والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالتوكيل بالبيع
إذا قيل له بعه إن شئت. ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف
عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله. ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا
فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة. ولو قال لها
طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تقع
واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا. ولأبي حنيفة رحمه الله أنها
أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدأة وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة

لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل
المضادة بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث
أما هاهنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليها فلغت. وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة
فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج فمعنى الأول أن يقول لها
الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لأنها
أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل. ومعنى الثاني أن يقول لها
طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية
لغو منها لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف
فصار كأنها اقتصرت على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا. ولو قال لها طلقي نفسك
ثلاثا إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لأن معناه إن شئت الثلاث وهي بإيقاع الواحدة
ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط. ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثا فكذلك
عند أبي حنيفة رحمه الله لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة كإيقاعها وقالا تقع واحدة لأن
مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط. ولو قال لها أنت طالق
إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة
المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الأمر من يدها ولا يقع الطلاق
بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها
والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ المشيئة
تنبئ عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن الوجود. وكذا إذا قالت شئت إن شاء
أبي أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجئ بعد لما ذكرنا أن الآتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل
الأمر. وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت لأن التعليق بشرط كائن تنجيز. و
لو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن ردا
ولا يقتصر على المجلس. أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت وهي عامة في الأوقات كلها كأنه قال
في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت
فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون
الأفعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق. وأما كلمة إذا وإذا ما فهو ومتى

سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله ان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر صار
في يدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف
الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث
وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك
الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان
قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان
فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان
دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة
يملك الرجعة ومعناه قبل المشية ولو قالت قد شئت واحدة باينة او ثلثا وقال الزوج
ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت
ثلثا والزوج واحدة باينة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة
فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية يعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه
في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يقع شيء ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية
او باينة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت
فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده
ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي
وجود الطلاق بوقوعه وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت
لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر
كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي
نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلثا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من تستعمل للتمييز
فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت وطلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة
رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة
اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله اعلم

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل
ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي
رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط
والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده
وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف
كالشعبي والزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان
دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى
وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا
او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين
وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه
ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت
الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما
والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة
وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه
ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط
ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها
مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين و
انتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين
بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا
الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط
لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء
اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله وسنقرره من بعد ان شاء الله ولو دخلت على
نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان
انعقادها باعتبار ما يملكه عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين
لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي اليمين والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط

في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين
لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية
وان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل
وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط
لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق
فقالت حضت طلقت وان قال ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت
هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما
في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها
كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها
في حقها وكذا لو قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر
فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت
ولم يعتق العبد ولم تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه
قد تحب التخلص منه بالعذاب ففي حقها ان يتعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي
حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع
الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا
بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء فلو
قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي
الكامل منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت
طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه لان اليوم اذا قرن
بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم
بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية
فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة
وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها
بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا تقع تطليقتان
وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال

يقع واحدة

يقع واحدة وفي حال ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها
واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق
ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا
مع الواحدة الاولى وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع
الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع
ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب
من الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية
المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين
وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين
فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق
ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار
طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هي طالق ما بقي من الطلاق
وهو قول زفر رحمه الله واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث
وعند محمد رحمه الله وزفر لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبين ان شاء الله تعالى وان قال لها ان
دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم
رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث
مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك
لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرنا
وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء
محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا فان لبث ساعة
لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب
الحد للاتحاد ووجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج
ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس
والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو نوى الطلاق رجعيا يصير

بصيرٍ راجعٌ بالثياب عند ابي يوسف خلافًا لمحمد رحمه الله لوجود المساس فلو نزع ثم اولج صار مراجعًا
بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله
متصلًا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله
متصلًا لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقًا من هذا الوجه وانه اعدام
قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعدامًا من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلًا به
بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده
رجوعًا عن الاول قال رضي الله عنه وكذلك اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء
خرج الكلام من ان يكون ايجابًا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات
الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء. واذا قال انت طالق ثلاثًا الا واحدة طلقت ثنتين
وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا
هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم
وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده
ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلمًا به وصارفًا اللفظ اليه و
انما يصح اذا كان موصولًا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه
ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثًا يقع الثلاث لانه
استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء منه

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقًا بائنًا فمات وهي في العدة ورثته وان مات
بعد انقضائها فلا ميراث لها. وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين لان الزوجية
قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب
ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء
العدة دفعًا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار
فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية
في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصًا اذا رضي به. وان طلقها
ثلاثًا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في
العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها. وان قالت طلقني للرجعة فطلقها

ثلاثًا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن راضية ببطلان حقها
وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثًا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر
لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته. وان طلقها ثلاثًا في مرضه بامرها ثم اقر
لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعًا
الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها
زال المانع من صحة الاقرار والوصية. وجه قولهما في المسألة الاولى انهما لما تصادقا
على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل
شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسألة الثانية لان العدة باقية وهي
سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة
في المسألة الاولى. ولابي حنيفة رحمه الله في المسألتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار
الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار
بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في
الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة
والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام. قال ومن كان محصورًا او في صف القتال
وطلق امرأته ثلاثًا لم ترثه فان كان قد بارز رجلًا او قدم ليقتل في قصاص او رجم
ورثته ان مات في ذلك الوجه او قتل. واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانًا
وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبًا
كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد
يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت
به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع
بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه
الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك
الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش
بسبب المرض اذا قتل. واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار

او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج
مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه
اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه
على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان
الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي
بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث
لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود
الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط
حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه
بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه
بد او لا بد منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض
وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما
الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه
بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام
وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من
خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة
والشرط في المرض ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك
الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها
بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه
كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال
زفر رحمه الله ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول
المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها يتعلق
بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه
وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها

بالردة

بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتدة لا ترث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة
ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال
قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلاق الثلاث
لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن
في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا
وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا وقد بينا الوجه
وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت
لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق
بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا
انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا ماتت
وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

اذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او
تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف
من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمي امساكا وهو
الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك
او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطأها او يقبلها
او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا
بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة
على ما بينا وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يكون دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار و
الدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف النظر والمس بغير
شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين
المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال
ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله
في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا
اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه حالة
البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه

محمول عليه ألا يرى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحبة ويستحب أن يعلمها كيلا تقع في المعصية
وإذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي رجعة وإن كذبته فالقول قولها
لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها
عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح وإذا قال
الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تصح الرجعة
لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك
فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها
أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج
ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة
لا تثبت به وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها فصدقه المولى وكذبته الأمة
فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له وقد أقر بما هو خالص
حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول قول الأمة فكذا
فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة
في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق
في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وإذا قالت قد انقضت عدتي وقال
الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة
الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع
الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة لأن الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع
خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد من
أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف
ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع إذا تيممت
وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله إذا تيممت انقطعت وهذا قياس
لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته
ولهما أنه ملوث غير مطهر وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق
حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع

بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة وإذا اغتسلت ونسيت شيئا من
بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه
وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر والقياس فيما دون
العضو أن تبقى لأن حكم الحيض والجنابة لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع
إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا إنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا
بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبي يوسف
رحمه الله أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله هو بمنزلة
ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل
أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه
جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا
ثبت نسب الولد منه جعل واطئا وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك
متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان
فلأن تثبت الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق لأنها لو ولدت بعده
تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها
ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة
حقه ولم يصر مكذبا شرعا لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف
الفصل الأول فإن راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل
من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد
يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك
بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام فإن قال لها إذا ولدت فأنت
طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر لأنه وقع الطلاق عليها بالولد
الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء
العدة فيصير مراجعا فإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة
فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا أنه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة
ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لأن اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة و

بالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث لانه وجبت
العدة بالاقراء لانها حائض من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية
تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة
والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى
يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون
متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فيطول العدة عليها
وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح
ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل
المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة فتبين
ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج
الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة فيتقرر ملك الزوج وقوله حتى
يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه فيتقرر ملك الزوج والطلاق الرجعي
لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو
الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا
للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك
يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا
او نظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون
الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله
معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه
في اطلاقه وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا
غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث
في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا
والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو
ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد

باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول
حتى تذوق عسيلة الآخر روي بروايات فلا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب
وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة
فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط
بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام
لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها ذلك على الزوج الاول
ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين
وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها واما الغسل على الصبي وان كان يؤمر به
تخلقا قال ووطء المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط
التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها
بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد رحمه الله
انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده
كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت
بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني
الطلاق ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا يهدم ما دون الثلاث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت
ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها
ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت
عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة
لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت
المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبين في باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى
والذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر
حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين

ويقع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة، وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة، ولنا أنه ظلمها بمنع حقها في الجماع فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة، ولأنه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة، فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين لأنها كانت موقتة به، وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة، فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج، فإن تزوجها ثالثا عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لما بينا، فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل، واليمين باقية لإطلاقها وعدم الحنث، فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث، فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر، ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه، ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع، ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع، ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر وهو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتبارا بالإجارة فتمت مدة المنع، ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لأن المستثنى يوم منكر بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين، ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء، ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة، قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة

أو عتق أو طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة، وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله هو يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء، وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع، وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا، وإن آلى من البائنة لم يكن موليا لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية، ومحل الإيلاء من يكون من نسائنا بالنص، فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية، ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك، وإن قربها كفر عن يمينه لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه، ومدة إيلاء الأمة شهران لأن هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة، وإن كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيئه أن يقول بلسانه فئت إليها، فإن قال ذلك سقط الإيلاء، وقال الشافعي رحمه الله لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي رحمه الله لأنه لو كان فيئا لكان حنثا، ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق، ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف، وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه، وقيل لا يصدق في القضاء لأنه يمين ظاهرا، وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه، ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد، وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى، ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف.

باب الخلع

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق بتطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة، ولأنه

يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن إلا أن ذكر المال أغنى عن النية
هنا ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وإن كان النشوز من قبله
يكره له أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال
فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وإن كان
النشوز منها كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا
لإطلاق ما تلونا بدءا ووجه الأخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة
فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إن أخذ والنشوز منه لأن
مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولا
في الباقي وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا
وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح
مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولأنه معاوضة المال
بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وإن بطل
العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة
وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما
في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب
الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولأنه لا وجه
إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه
فظهر خمرا لأنها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة
العبد لأن ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم
على ما نذكر وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الدخول متقوم والفقه أنه شريف فلم يشرع تملكه
إلا بعوض إظهارا لشرفه فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال قال وما جاز
أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع لأن ما يصلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح لغير المتقوم
فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره
بتسمية المال وإن قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه
مهرها لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بعوض ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة

ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعا
للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء
فعليها ثلاثة دراهم لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لأن
الكلام يختل بدونه فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها
تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت لأنه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض
واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى
هذا النكاح وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها
لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف وهذا لأن حرف الباء يصحب
الأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وإن قالت طلقني ثلاثا
على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة
بثلث الألف لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى أن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على
درهم سواء وله أن كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ومن قال
لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط لأنه
يلازم الجزاء وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لأنه للعوض
على ما مر وإذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع وتملك الرجعة ولو قال طلقي نفسك ثلاثا بألف
أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف
كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى
ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا بد
من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون
لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا و
لو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد و
طلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا إذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الألف
إذا قبل وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لأن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم احمل هذا
المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها إلا بدلالة إذ الأصل فيها
الاستقلال ولا دلالة لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان

دونه ، ولو قال لها أنت طالق على ألف على أني بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل
إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة وإن ردت الخيار في الثلث بطل وإن لم ترد
طلقت ولزمها الألف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق
واقع وعليها ألف درهم لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتمل
الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخلع في جانبها
بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في
جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق
مثل جانبها في الطلاق ، ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت
فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال
قبلت فالقول قول المشتري ، ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار به
لا يكون إقرارا بالشرط لصحته بدونه ، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول والإقرار به إقرار بما لا يتم
إلا به فإنكاره القبول رجوع منه قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد
من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط
فيهما إلا ما سمياه ، وأبو يوسف رحمه الله مع محمد في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة ، لمحمد رحمه الله
أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره ، ولأبي يوسف رحمه الله أن المبارأة
مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة
الغرض ، أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع
الأحكام ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل
وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه ، ومن خلع ابنته و
هي صغيرة بمالها لم يجز عليها لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم و
البدل متقوم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة
من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها
ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله فيعتبر
بالتعليق بسائر الشروط فإن خلعها على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف
عليه لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب أولى ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل

تحت ولاية الأب وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول
فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة وإن
قبله الأب عنها ففيه روايتان وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على
قبولها فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين وإن
ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا
وفي القياس يلزمه الألف ، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها
ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة ، وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنه يراد به
عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

إذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي
فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم إلى أن قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، والظهار كان
طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح
وهذا لأنه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها
بالكفارة ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الإحرام بخلاف الحائض والصائم لأنه
يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام فإن وطئها
قبل أن يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله
عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء
آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهارا لأنه صريح فيه ولو نوى به الطلاق
لا يصح لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به ، وإذا قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذها
أو كفرجها فهو مظاهر لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في
عضو لا يجوز النظر إليه وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه
مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاع لأنهن في التحريم المؤبد كالأم وكذلك إن قال
رأسك علي كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك لأنه يعبر
بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ، ولو قال أنت
علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال
لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام ، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار لأنه تشبيه بجميعها

وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين
لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشيء
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه
بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء
ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال
انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه
والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له فان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء
وعلى قول محمد رحمه الله ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او
ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك
على ما بيناه غير ان عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان
جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة رحمه الله انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم
اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى
من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة
فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه
وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري
من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن
جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة
تثبت في حق كل واحدة منهن والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن
لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق
والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها
على الوطي ليكون الوطي حلالا قال ويجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى
والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هولاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من
كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله

كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الكافر التمكين من الطاعة
ثم مقارنة المعصية يحال بها الى سوء اختياره قال ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان
الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو
غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات
جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز
لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية
النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه
اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا تجزئ
مقطوعة ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون
الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن
ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان
الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي
حنيفة رحمه الله يجوز لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رحمه الله
لانه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله
عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه لانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة
الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه
تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ
ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة
جاز عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسالة تاتيك
في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى وان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز
عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد
عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان
ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه

أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة. أما عندهما الإعتاق لا يتجزى فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقا بكلامين. وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة لأن الإعتاق يتجزى عنده وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص وإعتاق النصف حصل بعده. وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس. وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق. أما التتابع فلأنه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الأيام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل. فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وإن كان تقدمه على المسيس شرطا ففيما ذهب إليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه. ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف. وإن أفطر يوما منها بعذر أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة. وإن ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة إلا الصوم لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال. وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه في الكفارة لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه. وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا. ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم فيعتبر بصدقة الفطر. وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة. فإن أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود إذ الجنس متحد. وإن أمر غيره بأن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه. فإن غداهم وعشاهم جاز قليلا ما أكلوا أو كثيرا. وقال الشافعي لا يجوز إلا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر

وهذا لأن التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة. ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الإباحة ذلك كما في التمليك. أما الواجب في الزكوة الإيتاء وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة. ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لم يجزه لأنه لا يستوفي كاملا. ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام. وإن أعطى مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه. وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره. وهذا في الإباحة من غير خلاف. وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص. وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس إلا أنه يمنع من المسيس قبله لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه. وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد يجزيه عنهما. وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما. له أن بالمؤدى وفاء بهما والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع. ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة وإذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير وهو يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما إذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر. ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما وكذلك إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى نية معينة. وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء. وإن أعتق عن ظهار وعن قتل لم يجز عن واحد منهما. وقال زفر لم يجز عن أحدهما في الفصلين لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد. وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده

ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف
الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين عن قضاء
رمضان عن يومين تجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء و
النذر فانه لابد فيه من التمييز

باب اللعان

واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما
من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف
فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة
مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا
انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات
بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن
في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام
حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد
ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من احصانها ويجب بنفي
الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي
عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد
ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها
كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو
قادر على ايفائه فيحبس حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها
اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى
تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج
عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار
الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا الآية واللعان
خلف عنه وان كان الزوج من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن
لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة
وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في
قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت مسلم والمملوكة تحت حر

والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لامتناع اللعان لمعنى من جهته
اذ هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول
في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة ان لعنة الله
عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات
تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب
ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق
القاضي بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة
يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل
عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلثا قاله بعد
اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين
وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان
ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما
متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي
نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اربع مرات اشهد بالله اني
لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في
اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال
بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه
القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب
لانه ينفك عنه فلابد من ذكره قال فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه
وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم
وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها
واذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا و
كذلك لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة

وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا
لعان وهذا عند أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الأصل لأنا تيقنا
بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فصار كأنه قال
إن كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا
تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لأنه عليه السلام
نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله
والحديث محمول على أنه عليه السلام عرف قيام الحبل بطريق الوحي وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب
الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وإن نفاه بعد
ذلك لاعن ويثبت النسب وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس لأن النفي يصح في مدة قصيرة و
لا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه أثر الولادة وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان
للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه
متاع الولادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر
المدة التي ذكرناها على الأصلين ولو قدم له أن ينفيه إلى يومين ما لم يوجد منه ما يدل على القبول
عند أبي حنيفة وعندهما إلى مدة النفاس قال وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف
بالثاني يثبت نسبهما لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني
وإن اعترف بالأول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه
والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن
كذا هذا

باب العنين وغيره

قال وإذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة
فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود
رضي الله عنهم ولأن الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية
فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت المدة ولم يصل
إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان فإذا امتنع
ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة

لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لكن النكاح
لا يقبل الفسخ عندنا وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو
لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها إن كان خلا بها فإن خلوة العنين
صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها ولو اختلف الزوج و
المرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة
والأصل هو السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا
نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج
فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه
لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطأه مرجو وإذا أجل العنين سنة
وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو
البكارة وإن قلن هي ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير
وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض
وشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه وإذا كان
بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون
والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام
فر من المجذوم فرارك من الأسد ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ
فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو
حاصل وإذا كان بالزوج جنون أو جذام أو برص فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لها
الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما
أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود
المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى
والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لأن
العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والأقراء الحيض

عندنا وقال الشافعي الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد كذا قال ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض أولى إما عملاً بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعاً أو لأنه معرِّف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه السلام وعدة الأمة حيضتان فيلتحق بيانا به فإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ولأن الرق منصِّف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه متجزٍ فأمكن تنصيفه عملاً بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لأن الرق منصِّف وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه إذا كان بائنا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر وإذا أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة والموت وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا وهذا لأن شرط الخلفية

تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور احترازا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرِّف وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر رضي الله عنه فإنه قال عدة أم الولد ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما إطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولأنها مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين جميعا لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور فإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار

نفياً لشبهة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك
وطئها وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطي هو السبب الموجب ولنا ان كل وطي
وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطية الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا
يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان
التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطي لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم
في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين
لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته
طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان
هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة الاولى
انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر
حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطية الاولى
وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق
في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد فوضح
بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر رحمه الله لا عدة عليها اصلاً لان الاولى قد سقطت
بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة
عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملاً وهذا
كله قول ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف
في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه
لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا
اذا وقعت بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح
عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد
حتى كان محلاً للتملك الا ان تكون حاملاً لان في بطنها ولداً ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه
انه يجوز ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول اصح **فصل** وعلى المبتوتة و
المتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها

فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة
ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشراً واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله
لا حداد عليها لانه وجب اظهاراً للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد
اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي انه عليه السلام نهى المعتدة عن
ان تختضب بالحناء وقال عليه السلام الحناء طيب ولانه يجب اظهاراً للتأسف على
فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها
من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتاً قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال
الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب
الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من
اظهار التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح
فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة
في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه الا من
عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعاً
فان كان ذلك امراً ظاهراً يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت
اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب لما روينا ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا
زعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب **قال** ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق
الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة
بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه و
حق العبد مقدم لحاجته **قال** وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد
لانهما ما فاتتهما نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة
ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان
قال ولكن لا تواعدوهن سراً الا ان تقولوا قولاً معروفاً قال عليه السلام السر النكاح
وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف
اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من
بيتها ليلاً ونهاراً والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها

اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين
بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد
عليهن واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب
المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من
مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها
اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف
اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت
المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها
ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب
اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت
لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او خافت
سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث
لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه
فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة
ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال واذا خرجت
المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام
رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلاثة ايام ان شاءت
رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة ايام
ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد
في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها
محرم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما
ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد
ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر
بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير محرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم

تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانه فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت
النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور
ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت
النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين
او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر
وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق
في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا
بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه
منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا قال والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به
لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش
فيثبت النسب احتياطا واذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل
حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان
وطئها بشبهة في العدة وان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه
حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين
لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء
عدة الصغيرة جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها
لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده
يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في اخر العدة وهي ثلاثة الاشهر ثم تأتي به
لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء
لان باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين
وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء
عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول
لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل
قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر
ثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر

لم يثبت لأنا لا نعلم بطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة
وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل
وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة
وقالا يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب
والحاجة إلى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولأبي حنيفة أن العدة
تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط
كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين
يثبت بشهادتها فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة
أحد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق
النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل
يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم
وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ
يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت به لستة
أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد
الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفى الزوج يلاعن لأن النسب يثبت
بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه فإن
ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت هي منذ ستة أشهر
فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف
وهو على الاختلاف ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة
لم تطلق عند أبي حنيفة وقالا تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء
جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق
ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة
فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند
أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها
حجة فيه على ما بينا وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة ولأنه أقر بكونها مؤتمنة

فيقبل قولها في رد الأمانة قال وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن
أكثر من سنتين ولو بظل مغزل وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين والحجة
عليه ما رويناه والظاهر أنها قالته سماعا إذ العقل لا يهتدي إليه ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها
فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه لأنه في الوجه الأول ولد
المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب
وقته فلا بد من دعوة وهذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا أما إذا كان اثنتين
يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق
إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة
امرأة فهي أم ولده لأن الحاجة إلى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع ومن قال
لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام فقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه وفي
النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح
الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح
وجه الاستحسان أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح
هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث
لها لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الإرث

باب الولد من أحق به

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روي أن امرأة
قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء و
ثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال عليه السلام أنت أحق به ما لم تتزوجي
ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر وإليه أشار الصديق
رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين
امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الأب على ما نذكر ولا تجبر الأم عليها
لأنها عست تعجز عن الحضانة فإن لم تكن له أم فأم الأم أولى من أم الأب وإن بعدت لأن هذه الولاية
تستفاد من قبل الأمهات فإن لم تكن فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات
ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد فإن لم تكن جدة فالأخوات أولى

من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة
اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على
العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم
الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالة اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن
كما نزلت الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك
وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه
نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه
فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة
ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي
امراة من اهله واختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب
وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم
تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس
وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس
وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى
يحتاج الى التادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف
والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية
حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء والمراة على ذلك اقدر و
بعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع
الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق
بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانه لا تقدر على استخدامها
ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا
قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما
حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال
بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر
للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما

الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته
بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا واما الحديث
فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه صلى الله عليه وسلم
او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها

من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها
فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي
به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب
الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد
متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك
حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا
اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين
تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به
وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير
حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق
اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقات

النفقة واجبة للزوجة على زوجها
مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل
في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن
بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت
نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فيستوي فيها
المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف
وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة
الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة
المعسرات وقال الكرخي رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق
ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك

وذكره بالمعروف واعتبر حاله وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى
كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقي
دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه
الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر
شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان
فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت
الاحتباس منها فاذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت
الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة
لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح
ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك
عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد
فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لان
التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المرأة في دين
فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا
اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس
ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها
النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو
سافر معها الزوج تجب النفقة بالاجماع لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب
الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا
يمنع الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها
ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت
تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ
الكتاب ما يشير اليه قال ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها
واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح الخارج ولهما

ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام
الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى
الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها
ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن
الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة
اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض
القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة
الامر بالاستدانة مع الفرض انه يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي
كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة
الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا
تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء
لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيقضي لها بنفقة
ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء
كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى
من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور
سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة
تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه
عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه ما بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات
لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج
وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس
وقد بطل الاحتباس بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه
صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت
من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه
لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها

ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى
فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة
ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج امة وبوأها مولاها
معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة
ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس
والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة
لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة

فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها
فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك
غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها
ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه
معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله
ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع
من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم
وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث
وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة
وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة هو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به و
بالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم
القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها
ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد ليس بخصم في حق اثبات الزوجية
عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب فاذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا
كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير
او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج
الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب
واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف
امتناعه قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج
وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم
وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم
وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا
لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا
فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء
على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف
مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك
لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه
لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد
ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب
لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسألة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي
لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا
فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض
لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا يجب
للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس
على ما ذكرناه والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة
لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا
وحديث فاطمة رده عمر فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري
صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر
وعائشة رضي الله عنهم قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق
الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى

لا يشترط فيها الحبس فلا يجب بقيت عليه ولأن النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد
الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة
وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت
ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت
الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها
حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت
نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة
تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة
للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق **فصل ونفقة الاولاد الصغار على**
الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان
الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها
فلا معنى للجبر وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها
وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا وجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد من ترضعه
تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها
اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استأجرها
وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت
عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجرة عليه وهذا في المعتدة
عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها
لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق في حق بعض الاحكام ولو استأجرها وهي منكوحته او
معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستأجرها
يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية فصارت كالاجنبية وان قال الاب لا استأجرها
وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان
نظر الصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه والى هذا

في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير تجب
على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلما
تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء
الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة فيترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة
وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فالاصل ان نفقة
الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا **فصل وعلى الرجل ان ينفق** على ابويه واجداده وجداته
اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما
الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم
سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب
نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة
باختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة
فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما
غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه
الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر
في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم
نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق
بالقرابة المحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام
ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة
المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص
ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور
والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم
اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة فقيرة بالغة او كان كبيرا فقيرا زمنا او اعمى فقيرا لان الصلة
في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم قال الله تعالى وعلى الوارث مثل
ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة

والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه
يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب
قال وتجب ذلك على قدر الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار
ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق عليه قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن البالغ
الزمن على ابويهما اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله
عنه الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة
حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام
وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى يكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة المعتق على الاخوات
المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه فان المعسر
اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله لانه المحرم وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع
اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو
يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام
على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي
عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم
كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول
لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا
الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز
وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك
حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملكه الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب
ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب
الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم
اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه
وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ
منه نفقته لانه جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا

حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق
عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا
امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان
متبرعا فيه واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت
لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة
اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان يأذن
القاضي بالاستدانة عليه لان للقاضي ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة

فصل وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته

لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت
ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب
اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب
بان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي
البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا
على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق
فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك
ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

كتاب العتاق

تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله تعالى بكل عضو منه
عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء
بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك
للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل
لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال
المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال
الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد
في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده
او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان
هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان مستعملا

في الأخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به
الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر ولو
قال له يا حر يا عتيق يعتق لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته
فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى
إلا إذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا
آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف
وكذا لو قال رأسك حر أو رقبتك أو وجهك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حر لأن هذه الألفاظ
يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك
الاختلاف فيه وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم
ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما
مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق
لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة
كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي
عن أبي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق
لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب
بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا
يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله فإن كان
لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه
لأن ولاية الدعوة بالملك ثابت والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه وإذا ثبت عتق لأنه
يستند النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق
إعمالا للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى
ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر
وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار
كاسم خاص له وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف

في معنى الأول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد تنافي كونه
معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا
ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق
في القضاء لمخالفته الظاهر وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مرادا التحق بالصريح
وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال
زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني إلا أن ينوي لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي
يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص
بالعتق فكان إكراما محضا ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن النداء لإعلام المنادى
إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا
له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته
كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته
لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله
شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه
وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير الابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر وإن قال لغلام
لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يعتق
لأنه كلام محال فيرد ويلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي حنيفة رحمه الله أنه
محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك
سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة
تجوزا ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طريق المجاز على ما عرف
فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا
بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لا يجعل مجازا عن الإقرار بالمال
والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو
الأرش وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون
القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه
ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي

قيل هو الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب
وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك
من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق ووجه الروايتين
ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس
المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق
او باين او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف
سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة
اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد
من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظ في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط
اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق
فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان
العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع
وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان
اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ
في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك
في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة و
لو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر يعتق لانه اثبات الحرية فيه
اذ الراس يعبر به عن جميع البدن **فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه** وهذا اللفظ مروي عن النبي
عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا
او غيره والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس
او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا
امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة
مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها
ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا
في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه

ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض بعقد عند القدرة بخلاف الولاد
لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع وهذا
بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل
اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق
العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود
ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق
بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل
كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما
الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط
فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بالشرط بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج العبد
الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله
ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق جارية حاملا
عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى
اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل
صحيح ولا يصح بيعه ولا هبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع
ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا
ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه
ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز
على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحمل في وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه
لانه ادنى مدة الحمل **قال** وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه
هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها
لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج
قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها
راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية
قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما أعتق
وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق
كله لهما أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو
ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولأبي حنيفة رحمه الله
أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع
أو حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره والأصل
أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزى كما في
البيع والهبة فيبقى على الأصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة
المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه
فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبا إذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه
وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد
فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص
حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزى عنده حتى لو استولد نصيبه من
مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد و
إذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء
أعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على
العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى العبد فالولاء بينهما وإن كان المعتق معسرا
فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد فالولاء بينهما في الوجهين وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ولا يرجع
المعتق على العبد والولاء للمعتق خاصة وهذه المسئلة تبتني على حرفين أحدهما تجزي
الإعتاق وعدمه على ما بينا والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع
لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا سعى في حصة
الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما إذا
هبت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر

موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا إلا أن العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو
أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لأنه به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده
المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق
على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزي
وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزى عنده والتضمين لأن
المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه
والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له
ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق
بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته
حيث ملكه بالضمان وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا
والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا
لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون إذا أعتقه
الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي
رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين
الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ولا إلى إعتاق الكل للإضرار
بالساكت فتعين ما عيناه قلنا إلى السعاية سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبتني على احتباس المالية
فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد
من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة
وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في
زعمه عند أبي حنيفة رحمه الله وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا
بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك
باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر
التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي
عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كانا موسرين
فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية

عندهما لأن الدعوى لم يثبت لإنكار الآخر والبراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا موسرين
يسعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إلا أن المعتق معسر
وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما
يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون متبرئا
عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه فهو يتبرأ عنه
فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا
فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولم يدر أدخل أم لم يدخل عتق النصف وسعى لهما
في النصف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط
السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه
لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث
بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع
كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان وكما في التوزيع
على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الأصل الذي سبق ولو حلفا على عتق عبدين لكل واحد
منهما لا أحدهما لا يعتق واحد منهما لأن المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة
فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي به والمقضي له معلوم فغلب المعلوم المجهول وإذا اشترى الرجلان
ابن أحدهما عتق نصيب الأب لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر
أنه ابن الشريك أو لم يعلم وكذا إذا ورثاه والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى
العبد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا وإن كان معسرا
يسعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هذا
الخلاف إذا اشتراه رجلان أحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه
بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق فصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين وأعتق أحدهما نصيبه وله
أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو
علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان
إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم
وعدمه في ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام فهو مملوك للآكل

ولا يعلم الآخر بملكه وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار
إن شاء ضمن الأب لأنه ما رضي بإفساد نصيبه وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته
لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يضمن إن كان موسرا ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه
قد ذكرناه وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا
الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه
الثلث الذي ضمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذي دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته
لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا أن التدبير يتجزى عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالإعتاق
لأنه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب
الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعي العبد أو يتركه
على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسدا بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة
على ما مر فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان
تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل
حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك
إلى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك مدبر فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر
أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لأنه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة
المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه يثبت مستندا
وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر
والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار وإذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار
كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك
فأشبه الاستيلاد بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال وإذا كانت
جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وصاحبه منكر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها
لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع

انه اعتق المبيع قبل البيع فيجعل كأنه اعتق كذا هنا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه
في الحكم فيخرج على العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر
لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو
النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه تبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد
والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد
فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة
عندهما وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها
منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها وهبتها
لا يسقط تقومها كما في المدبر الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية
التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت
بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رحمه الله
ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى
لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة
بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة
الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع
فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن
الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال
احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل
واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا في العبد
الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي
اعيد عليه القول وقد اوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان
الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل
فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق

بالثاني

بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت
له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا
النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول
لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل
وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه
النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان
القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة
على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت
ثلاثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت
وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة
على سبعة اسهم وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في اربعة
ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام
الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده
سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان
هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر
الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه
وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه
احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق
اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فيتعين له الآخر ولانه بالبيع
قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم
فيتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد
مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى
ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله والهبة والصدقة والتسليم بمنزلة
البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذلك
لو وطئ احداهما لما بينا ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله

وقال لا يعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وأحدهما ليس بمملوكة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة
فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة
وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به ثم يقال
العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء
يصادف المعينة بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على
استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون
الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت
غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد لأن كل
واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة تعتق الأم بالشرط والجارية
لكونها تبعا لها إذ الأم حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط
فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وإن ادعت
الأم أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط
العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة
معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع
شيئا والمسئلة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق
الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي
المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا
والتحليف على العلم فيما ذكرناه لأنه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه
في كفاية المنتهى قال وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة
إلا أن يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وإن شهدا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة
ويجبر على أن يطلق إحداهن وهذا بالإجماع وقال أبو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك
وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة وعندهما
تقبل والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة
وإذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق
فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى

لا يوجب

لا يوجب خللا في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل
عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطا فيه لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه
الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين
وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته
أو شهدا على تدبيره في صحته أو مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لأن
التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم
وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولأن العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا
ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك
فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت إلا أنه أسقط الفعل وعوض عنه
بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان له في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى
دخل عتق لما قلنا قال ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية
المملوك في الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت
الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت
ذكرا لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لأن اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت
اليمين احتمال لوجود العلوق بعده وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول
المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للأم لا مقصودا ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس
دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل
مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها ولو قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر
بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لأن قوله أملكه للحال حقيقة
يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين أو سوف
فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد
اليمين ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان
عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وإن مات عتقا من الثلث وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر
يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت

فهو حر لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما
أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة
ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها
والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه فمن حيث إنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا
للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث إنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة
المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت
يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد
وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال
لأنا نقول نعم لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف
درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية
المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فإذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى
تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف وإطلاق لفظ المال
ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح
والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا تضره
جهالة الوصف لأنها يسيرة قال ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل أن يقول
إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ومعناه أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبا لأنه صريح
في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى وإنما صار
مأذونا لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان إذنا له دلالة
فإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل
قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق
العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط
الأيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا
أنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع
المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق

في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا على ما بينا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن العبد
حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء
وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا
يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق
ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه
لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس لأنه تخيير وفي قوله إذا
أديت لا يقتصر لأن إذا يستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على ألف درهم
فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حر غدا بألف درهم بخلاف
ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال إلا
أنه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسألة الكتاب وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث
لأن الميت ليس بأهل للإعتاق وهذا صحيح قال ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل
العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
عليه قيمة خدمته أربع سنين أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق
بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضا فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم
ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها
ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده
وهي معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك أو الاستحقاق يتعذر الوصول
إلى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم
علي على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لأن
من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن
المأمور بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم علي ففعل حيث يجب الألف
على الآمر لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز على ما قررناه
من قبل ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم والمسألة بحالها قسمت الألف على قيمتها
ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه لأنه لما قال عني تضمن الشراء
اقتضاء على ما عرف وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا

فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع فلو
زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهي للمولى في الوجه
الثاني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين والله أعلم

باب التدبير

إذا قال المولى لمملوكه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك
فقد صار مدبرا لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير فإنه إثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته
ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لأنه تعليق بالشرط
فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولأن التدبير وصية وهي غير
مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث و
لأنه سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال أولى لوجوده
في الحال وعدمه بعد الموت ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية
إلى زمان بطلان الأهلية بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين
واليمين مانع والمنع هو المقصود وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية
إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة
وإبطال السبب اللازم لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره
وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لأن الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات
فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف
إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى
في ثلثيه وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض
العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة رضي الله عنهم وإن
علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس
بمدبر ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق
عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق
المدبر معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة
فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما إذا
قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة والله أعلم

باب الاستيلاد

إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله
عليه السلام أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولأن
الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن
الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف
السبب فأوجب حكما مؤجلا إلى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب
الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق
بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية
في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا إذا كان بعضها مملوكا له لأن الاستيلاد لا يتجزى فإنه
فرع النسب فيعتبر بأصله قال وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها لأن الملك فيها
قائم فأشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت
نسبه منه وإن لم يدع لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أكثر إفضاء كان
أولى ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من
الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصودا منها فلا حاجة
إلى الدعوة فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه منه بغير إقرار معناه بعد اعتراف منه
بالولد الأول لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصودا فصارت فراشا كالمعقودة إلا أنه
إذا نفاه ينتفي بقوله لأن فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي
الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فأما
الديانة فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي لأن الظاهر أن الولد منه
وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن أبي حنيفة
وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله ذكرناهما في كفاية المنتهى فإن زوجها
فجاءت بولد فهو في حكم أمه لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة
رقيق والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسدا إذ الفاسد ملحق بالصحيح
في حق الأحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير
أمه أم ولد له لإقراره وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام
أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولأن الحاجة إلى الولد أصلية

فيتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج و
لا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب
عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لأنه مال متقوم وإذا أسلمت
أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال
زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى
فإن أسلم تبقى على حالها له أن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجب وذلك بالبيع أو الإعتاق و
قد تعذر البيع فتعين الإعتاق ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل
عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي
إلى بدل ملكه أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي
متقومة فيترك وما يعتقده ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان
كما في القصاص المشترك إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت
بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام
الموجب ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم
ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان
وهو ولد المغرور له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني
وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا وهنا لم يتعلق حرا لأنه جزء الأم في تلك الحالة
والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل
واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لأنه لا نسب فيه للولد
إلى الزاني وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى أخاه
من الزنا لا يعتق لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد وهي غير ثابتة وإذا وطئ جارية ابنه
فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة
ولدها وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وإنما لا يضمن قيمة الولد
لأنه انعلق حر الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاد وإن وطئ أب الأب مع بقاء الأب
لم يثبت النسب لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب ولو كان الأب ميتا يثبت من الجد كما يثبت
من الأب لظهور ولايته عند فقد الأب وكفر الأب ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع للولاية فإذا ادعى

الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه لأنه لما ثبت النسب في
نصفه لمصادفته ملكه يثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزى لما أن سببه لا يتجزى وهو العلوق
إذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين وصارت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزى عندهما
وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك وإذا أمكن
نصيب صاحبه يضمن قيمته ويستوي في ضمان الأمة اليسار والإعسار لأنه ضمان تملك وهذا
هو ظاهر الرواية ويضمن نصف عقرها لأنه وطئ جارية مشتركة إذ الملك يثبت حكما
للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن
الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة
ولدها لأن النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق فلم ينعلق منه شيء على ملك
الشريك وإن ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه إذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله
يرجع إلى قول القافة لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين
متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في أسامة رضي الله عنه
ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين
لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب
وإن كان لا يتجزى ولكن يتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة
وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد كملا كأن ليس معه غيره إلا إذا كان أحد الشريكين
أبا الآخر أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام وفي
حق الأب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لأن الكفار
كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به
قال وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها
أم ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث
الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأنه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان
منه ميراث أب واحد لاستوائهما في النسب كما لو أقاما البينة وإذا وطئ المولى جارية
مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن أبي يوسف رحمه الله

انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله اعلم

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الاية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه

وقدرته لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم اسم الله تعالى وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يذكر ويراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله تعالى لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحرف من حروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد تضمر الحروف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوفة وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم به وآمنتم له قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوكند خوردم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه

لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا
اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة
يمين ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل
الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا
كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل
وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان
يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على
الفعل ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على
نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او
سارق او شارب خمر او آكل ربا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن
في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال رضي الله عنه كفارة اليمين
عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد
وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل
فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء
الثلثة قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله
يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور
ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف
لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه
وقال الشافعي رحمه الله يجزئه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا
ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح
لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي
او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف
على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه ولان فيما قلنا تفويت البر
الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه

فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل
للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين
وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين
ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين
فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه على نفسه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعني من الاستباحة
المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام و
الشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ من اليمين لانه باشر فعلا مباحا
وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار
العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة
ولا يتناول المرأة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن
المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية
لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله
هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من
غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى
فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق
الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه و
قال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه
من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى
ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره
نذر فيتخير ويميل الى اي جهة شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله
مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين و
قال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال
ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او
المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع

ما تبيت فيها وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة وإن دخل صفة حنث لأنه يبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على إطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام وإن جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بني بيتا آخر فدخله لم يحنث لأنها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فإنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا إذا بني بيتا آخر فدخله لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لأن السطح من الدار ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا إذا دخل دهليزها ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم وإن وقف على طاق الباب بحيث لو أغلق الباب كان خارجا لم يحنث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وإن قل ولنا أن اليمين إنما تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فإن لبث

على حاله ساعة حنث لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج منها بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث لأنه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال أبو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت به ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر ولو حمله برضاه بغير أمره لا يحنث في الصحيح لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لأنه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان وقيل هو كالخروج وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال فإذا حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته لأن البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لأنه

حقيقة الاستطاعة فيما يتفاوت الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب
في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح
قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها
مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج
مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء
لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم
خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو
ارادت المرأة الخروج فقال الزوج ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذا
ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور
وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا
ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع
الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء
المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ومن
حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله
الا اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين
غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا
وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد
من النية وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله
يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين
الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة
حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله
لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا وصار اللبن شيرازا
لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا تنصرف
اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان

لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا
الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان
الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه
ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا
حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب
المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين
على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون
آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع
القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء
يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا
فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى
حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما
فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية
مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان
يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا
لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث وقيل يحنث
لانه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله
انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في
اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه
بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يأكل او لا يشتري لحما او شحما فاشترى الية
او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا يأكل
من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان اكل
من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى
وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح

المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا ولو
حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف
الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا
فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب
البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه
يحتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان
او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر
لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة
وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا
لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا انه اذا
نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه
يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر
ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس الغنم والبقر
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر و
زمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب
العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او
رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله حنث في العنب والرطب والرمان ايضا
والاصل فيه ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على
المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث
بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء
والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما
يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها
وابو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه
للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات قال

ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو
رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز
يكون موافقا له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في
الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في
الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل
بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده
الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح قال وان حلف لا يتغدى
فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان
ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا تسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور
من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء
ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف
الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء
لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور
تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او
اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم
فعملت نية التخصيص فيه الا انها خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف
لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته
في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا
وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو
الشرط فصار كما اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة قال ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا
الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا
الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا

لابي يوسف لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه ولنا انه امكن القول بانعقاده
موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق
الخلف ولهذا لا تنعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث
عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين
المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت
فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه
الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ واذا فات البر بفوت ما عقد عليه اليمين يحنث
في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك
لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة

قال ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها
وقال زفر لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة
لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل
الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا
مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز
وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد والله اعلم

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه
الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهمه لتغافله وفي بعض
روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد
وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث
لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا
بالسماع وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق فانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا
من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو
لم يذكر الشهر يتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله
بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتابد اليمين فكان ذكره
لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه ولو حلف لا يتكلم فقرا القرآن في صلوته لم يحنث

وان قرا في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو
قول الشافعي رحمه الله لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام
ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه
لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا قال ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار
لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الآية
والكلام لا يمتد وان عنى به النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف
انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه
حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت
فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ان ياذن فلان فامرأته
طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم او الاذن لا يحنث لانه غاية واليمين
باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت
اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور
الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين ومن
حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده
او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف
الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال العبد الضعيف هذا في اضافة الملك
بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لان هذه
الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم
بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه
ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كان يمينه على عبد بعينه بان قال
عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وان حلف
لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاضافة
للتعريف والاشارة ابلغ منها لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق
والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها

وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف اذا كانت
الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه تعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا
الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى
في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا
حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين
على ما مر ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين
قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر
وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين فهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا
لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة
الابد ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين
يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا
فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة
رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد
عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ
حين بمعنى وابو حنيفة رحمه الله توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف
لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال قال ولو قال لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه
اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث وان حلف لا يكلمه الايام
فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه
الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود
وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع
وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه
لا معهود دونه قال ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة
عشرة ايام عند ابي حنيفة لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد
عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ

الفرد

الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت
ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت
ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر
ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو
ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي
وحده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت
على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح
ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية
تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت
ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه
فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معا ثم
آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية
وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء
لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى
عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا
ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة
رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت
الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه
ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا
الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث وعدمه ومن قال كل عبد
بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر تغير بشرة
الوجه بشرط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق بالاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت
من الكل وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران
النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرط وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه
اجزأه خلافا للشافعي وزفر رحمهما الله لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا

لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته وبينهما منافاة. ولنا أن شراء القريب
إعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه
جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فأرواه. ولو
اشترى أم ولده لم تجزه ومعنى هذه المسألة أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح إن
اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه
عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه
بخلاف ما إذا قال لأمة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه عنها إذا اشتراها
لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النية. ومن
قال إن تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت
في حقها لمصادفتها الملك وهذا لأن الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية
على الانفراد. وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فإنه يقول التسري لا يصح
إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير
التزوج مذكورا. ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره
ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية. وفي مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون
الجزاء حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه
وزان مسألتنا. ومن قال كل مملوك لي حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده
لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء إذ الملك ثابت فيهم يدا ورقبة ولا يعتق مكاتبوه
إلا أن ينويهم لأن الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة
بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بد من النية. ومن قال لنسوة له هذه طالق
أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار في الأوليين لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين
وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة في الحكم
فيختص بمحله فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه وكذا إذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا
عتق الأخير وله الخيار في الأوليين كما بينا.

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد وجد من العاقد
حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر

وإنما الثابت له حكم العقد إلا أن ينوي ذلك لأن فيه تشديدا أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى
العقد بنفسه لأنه يمنع نفسه عما يعتاده. ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك
حنث لأن الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الآمر وحقوق العقد ترجع إلى
الآمر لا إليه. ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنذكر الفرق إن
شاء الله تعالى. ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه لأن المالك
له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشرا
إذ لا حقوق له ترجع إلى المأمور. ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف
ما تقدم من الطلاق وغيره. ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلما بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها
والأمر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين
ديانة لا قضاء. أما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف بأثره والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجاز
فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء. ومن حلف لا يضرب ولده
فأمر إنسانا فضربه لم يحنث في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأدب والتثقف
فلم ينسب فعله إلى الآمر بخلاف الأمر بضرب العبد لأن منفعته الائتمار بأمره عائدة إلى الآمر
فيضاف الفعل إليه. ومن قال لآخر إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه
في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به
وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوبا لك
حيث يحنث إذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم لأن
حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بأن يكون مملوكا له
ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه
لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين. ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار
عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته
فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضا لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه. و
هذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصله لأن هذا العتق يثبت بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز
العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا. ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته
طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع...

للمرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن
ابي يوسف رحمه الله انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها
فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه
ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق
ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو
في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب
واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل
ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا
قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك
ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف
ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الخلاف لهما ان الحرم
شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله
ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن
قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية
ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات
التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط به علم
الشاهد ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر
من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات الثلاث على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم
يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه
الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد
مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم ووجه
الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم
لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث ما لم يصل

ركعتين لانه يراد بالصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا
فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه
يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا
الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون
من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت
النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا
ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا
لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث لانه
حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام
على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر
فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على
الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين
الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ومن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير
حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في المعتاد كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر
لانه مثل الاول فيقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك
فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق
في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند
الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية
ينصرف الى اللبس قال وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد
من الدخول زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعدما مات
يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته
فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة
لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث

لانه عقد يمينه على شيء يحدث بعد الحلف وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث
لانه عقد يمينه على شيء كان فيه ولا يتصور فيعتبر بمسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك
المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدين

ومن حلف ليقضين دينه
الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر
وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا
دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة
عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح
ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم
حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه
المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم
المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون
درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى
انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين
فلم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة
عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا
خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء
بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان
حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات
فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف
الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره
بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف
ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله
ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك
يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا

او ياسمينا

او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له
فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في
عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له
وفي البنفسج قاض عليه والله اعلم

كتاب الحدود

الحد لغة المنع ومنه الحداد
للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد
ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية
فيه بدليل شرعه في حق الكافر **قال** الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة
ظاهرة وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم
القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر **قال** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا
لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال
عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط
الاربع يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم الامام عن
الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية
وعن المزني بها ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه ربما غير الفعل في الفرج عناه او زنى
في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء
جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في
فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم
ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم
بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله
قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام
رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله
قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده
القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط
الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه
مظهر وتكرار الاظهار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز

فإنه عليه السلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما
أخرها لثبوت الوجوب ولأن الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الإقرار إعظاما
لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولأن لاتحاد المجلس أثرا
في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد
مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم
يجيء فيقر هو المروي عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة
قال فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى فإذا
بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر
السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار
وقيل لو سأله جاز لجواز أنه زنى في صباه قال فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل
رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى يقيم عليه الحد لأنه وجب بإقراره
فلا يبطل برجوعه وإنكاره كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا
أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الإقرار بخلاف ما فيه
حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع قال
ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت لقوله عليه السلام لماعز
لعلك مسستها أو قبلتها قال في الأصل وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها
بشبهة وهذا قريب من الأول في المعنى

فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وجب الحد
وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لأنه عليه السلام رجم ماعزا وقد أحصن وقال
في الحديث المعروف وزنا بعد إحصان وعلى هذا إجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه إلى أرض فضاء
ويبتدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولأن الشاهد قد
يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رحمه الله
لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والإهلاك
غير مستحق ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لأنه
دلالة الرجوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وإن كان مقرا ابتدأ الإمام
ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت

قد اعترف

قد اعترف بالزنا قال ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز رضي الله عنه
اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا
وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت وإن لم يكن محصنا وكان حرا فحده
مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الآية إلا أنه انتسخ
في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا قال يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا
متوسطا لأن عليا رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح
وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار
وتنزع عنه ثيابه معناه دون الإزار لأن عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في
الحدود ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم إليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب
وفي نزع الإزار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في
عضو واحد قد يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف قال إلا رأسه ووجهه وفرجه
لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولأن الفرج مقتل
والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شيء منها
بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس
أيضا رجع إليه وإنما يضرب سوطا لقول أبي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فإن فيه شيطانا
قلنا تأويله قال ذلك فيمن أبيح قتله ويقال إنه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة
والإهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب
الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام
أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا
وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد الضرب وذلك
كله لا يفعل لأنه زيادة على المستحق وإن كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الإماء ولأن الرق منقص للنعمة
فيكون منقصا للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ و
الرجل والمرأة في ذلك سواء لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا ينزع عنها ثيابها إلا
الفرو والحشو لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم

الى المكروه والستر حاصل بدونها فيتخير وتضرب جالسة لما روينا ولانه
أستر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها
وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر
بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا
ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير
في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام
وقال الشافعي رحمه الله له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف
فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود
ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط
العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد
ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا
مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ
شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة
تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم
وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد
باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح
ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة
فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توافر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط
الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا
قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر
في الدخول ايلاج الفرج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط الاحصان فيهما عند الدخول
حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان
الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل
اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا
عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة والحجة عليه

ما ذكرنا وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة
العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد
يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره
لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي حدا والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا
لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة
المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه
كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد
البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي
رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب
جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة
فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي
فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض وحده الرجم
رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا
يفضي الى الهلاك ولهذا لا تقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد
حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى ان
تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء
بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغني
ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد
روي انه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس
الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل
فلا يفيد الحبس والله اعلم

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الذي يوجب
الحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك
لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام
ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة
في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل

دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته و
لا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث والنسب يثبت
في الثانية إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى وإن سقط
الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية
أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وأم الولد
أعتقها المولى وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن
في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها
علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا
بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض و
المشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع
لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وإن كان
متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم
على ما يأتيك إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها
علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل
وعلى ذلك الإجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لي
لا يحد لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط
الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت
الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك
فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم
فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا إذا
نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال
علمت أنها علي حرام لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك
والأبوة قائمة في حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه وإذا وطئ جارية
أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وإن قال علمت أنها
علي حرام حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه الحل

كذلك فكانت شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا إذا قالت الجارية
ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد وإن وطئ جارية أخيه أو عمه و
قال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا
ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك
علي رضي الله عنه وبالعدة ولأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الاشتباه إذ الإنسان لا يميز
بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف
لأن الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لأنه لا اشتباه بعد طول
الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي
في بيتها وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت
أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه
الحد عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور وهذا لأن محل
التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولأبي حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لأن
محل التصرف ما يقبل مقصوده والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد
في حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت
لا نفس الثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج
يعزر لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد
عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا رحمهما الله هو كالزنا
فيحد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل
والمفعول ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في
محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع
باتباع الأحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب
وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعي في أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين
وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل إلا أنه يعزر عنده لما بيناه ومن وطئ بهيمة

فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه
والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا
والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن
زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رحمه الله
يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود
في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيها فيعرى الوجوب
عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة وان غزا من له
ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت امره
بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى
بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد الحربي والحربية
وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد و
هو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف رحمه الله يحدون كلهم وهو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله
ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره
ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل
للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب
ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد
لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا
حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة على ما
نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق
التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة
من الصبي والمجنون لا يوجب الحد على البالغة ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستامن زنى
لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل
هو زنى موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا
زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمه الله لا تحد واذا زنى الصبي او المجنون
بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية

عن ابي يوسف رحمه الله وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا
بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه
وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل
ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا
تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق
الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته
وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد
عليه وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لان انتشار الآلة آية
الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم
فاورث شبهة وان اكرهه غير السلطان يحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا حد عليه
لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق
من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة
المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان
لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة
انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه
وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة
واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه
القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد
ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما
اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان
يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك
يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفاة لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب
عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين
فاورث شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص

فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحد حق الله تعالى وإقامته إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه
لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة
المسلمين والقصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه
حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله أعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم
إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب الخمر
أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل
بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين ولنا
أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار الستر
فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته ولعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير
لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب
الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه
حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد
ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة
لأن الدعوى ليس بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرط للمال ولأن الحكم يدار على كون
الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك
فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير آثما فاسقا ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء
يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد
ما تقادم الزمان لا يقام عليه لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم وأشار
في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة رحمه الله
لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل
وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو الأصح وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر
أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب
كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى وإن شهدوا على رجل
أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق

بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر
بالموهوم وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر
وإن أقر بذلك حد لأنه لا يخفى عليه أمته أو امرأته وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها
وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا
يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه بخلاف جانبها
لأن طواعيتها شرط لتحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا
فعل واحد يقوم بهما ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وإنما سقط الحد عنهما بشهادة
شاهدي الإكراه لأن زنا المكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك وإن شهد اثنان أنه
زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لأن المشهود به فعل الزنا و
قد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله
لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة
معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب لاختلاف المكان
حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية
أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر
في المؤخر فيشهد بحسب عنده وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة
أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهما وعنهم جميعا أما عنهما فلأنا تيقنا
بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وإن شهد أربعة
على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى
المسألة أن النساء نظرن إليها فقلن إنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست
بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وإن شهد أربعة على رجل
بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون
ولا يحد المشهود عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء
الشهادة والعبد ليس بأهل التحمل والأداء فلم تثبت شبهة الزنا لأن الزنا يثبت
بالأداء وإن شهدوا وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا لأن الفاسق من أهل
الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة

ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وستأتيك فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فإنهم يحدون لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب فإن رجم فديته على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال قال رضي الله عنه معناه إذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولأبي حنيفة رحمه الله أن الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا إلا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة في تحملها فإن جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل ولا يحد الشهود لأن عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى وأما الحد فمذهب الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يحد لأنه إن كان قاذف حي فقد بطل بالموت وإن كان قاذف

ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولهما أن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع لأن به تنفسخ شهادته فيجعل للحال قاذفا لميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حق غيره فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله حد الراجع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ إلا في حق الراجع كما إذا رجع بعد الإمضاء ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لأنه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به فإذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربع فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية أما الحد فلما ذكرنا وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف لا رجوع من رجع وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة رحمه الله معناه إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بأن شهدوا على إحصانه وله أن الشهادة إنما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط ولا فرق بينما إذا شهدوا بلفظ الشهادة أو أخبروا وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لأن العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب

في ثلاث سنين

في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل وإن رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال وزفر رحمه الله يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وأنها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا خلافاً لزفر رحمه الله وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجود أو جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك إذا أقر وريحها موجود لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والأصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه وإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتباراً بحد الزنا وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه مزمزوه وتلتلوه

واستنكهوه

واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولأن قيام الأثر من أقوى الدلالة على القرب وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما تشتبه على الجهال وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فإن أخذه الشهود وريحها يوجد منه أو هو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف لأنه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانياً وإن كان عبداً فحده أربعون سوطاً لأن الرق منصف على ما عرف ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لأنه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة قال رضي الله عنه هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لأنه هو السكران في العرف وإليه مال أكثر المشايخ رحمهم الله وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور أثره في مشيه وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف

لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران
لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله اعلم

باب حد القذف

اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف
بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم
ثمانين جلدة الاية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء
اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار ويشترط احصان المقذوف
لما تلونا قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به
فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الحشو والفرو لان ذلك يمنع ايصال
الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف
حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي
والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن
والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست
لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن
الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال
في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته
اباه في اسباب المروءة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه
الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب
الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من
يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون متناولا له
معنى وعند الشافعي رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على
ما نبين ان شاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا ولهذا يثبت عندنا للمحروم
عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال
قيام الولد خلافا لزفر ولو كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما

اذا كان

اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان
الاحصان في الذي ينسب اليه الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده
والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال
لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب
اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا
لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب
وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل و
لو مات بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث
ولا خلاف انه فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي
ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من
شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام و
اذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته
وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد
مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل
المشهور الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في
حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض
عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف رحمه الله في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله ومن
اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع
لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له
فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال
لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود
والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه او الى خاله او
الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله آبائك
ابرهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عما له والثاني فلقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية
ومن قال لغيره زنات في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وقال محمد رحمه الله لا يحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق إلى الخيرات
زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزا أيضا لأن من العرب
من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما
إذا قال يا زاني أو قال زنأت وذكر الجبل إنما يعين الصعود مرادا إذا كان مقرونا بكلمة على إذ هو
المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي قلنا ومن قال لآخر
يا زاني فقال لا بل أنت فإنهما يحدان لأن معناه لا بل أنت زان إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط
فيصير الخبر المذكور في الأول مذكورا في الثاني ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة
ولا لعان لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداءة بالحد إبطال اللعان
لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ولا إبطال في عكسه أصلا فيحتال للدرء إذ اللعان في معنى الحد
ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في
كل واحد منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه
وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك بعد النكاح لأني ما مكنت أحدا غيرك
وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه
منها فجاء ما قلنا ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه يلاعن لأن النسب لزمه بإقراره وبالنفي بعده صار
قاذفا فيلاعن وإن نفاه ثم أقر به حد لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان لأنه حد ضروري صير إليه
ضرورة التكاذب والأصل فيه حد القذف فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل والولد ولده في
الوجهين لإقراره به سابقا أو لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وإن
قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لأنه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف
امرأة ومعها أولاد لا يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي أو قذفها بعد موت الولد
فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا إليها
وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا قال ومن وطئ وطئا
حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الإحصان ولأن القاذف صادق والأصل
فيه أن من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه وإن كان محرما
لغيره يحد لأنه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في
الملك والحرمة مؤبدة فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وأبو حنيفة رحمه الله يشترط أن يكون

الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور ليكون ثابتة من غير تردد بيانه
إذا قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا
إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا
وجب الحد عليها ولو قذف رجلا أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته وهي حائض أو مكاتبة
له فعليه الحد لأن الحرمة تمنع مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن
أبي يوسف رحمه الله أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان وهو قول زفر رحمه الله لأن الملك زائل
في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره
إذ هي مؤقتة ومن قذف رجلا وطئ أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد لأن الحرمة مؤبدة
وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية
لمكان اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه ثم أسلم
يحد عند أبي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما
بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح وإذا دخل حربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد
لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما
أن لا يؤذي وموجبه موجب أذاه وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب وقال
الشافعي رحمه الله تقبل إذا تاب وهي تعرف في الشهادات وإذا حد الكافر في قذف لم تجز
شهادته على أهل الذمة لأن له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده وإن أسلم قبلت
شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل
تحت الرد بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه
لا شهادة له أصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وإن ضرب
سوطا في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد
فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف
أنه ترد شهادته والأقل تابع للأكثر والأول أصح قال ومن زنى أو شرب أو قذف
غير مرة فحد فهو لذلك كله أما الأولان فلأن المقصود من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار و
احتمال حصوله بالأول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما إذا زنى
وقذف وشرب وسرق لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل وأما

القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بها وقال الشافعي رحمه الله اذا اختلف
المقذوف والمقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

فصل في التعزير ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر
لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما
بغير الزنا فقال يا فاسق يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه آذاه والحق الشين به ولا مدخل
للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما
يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به
للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف
كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر
وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف رحمه الله يبلغ
التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه
اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية
ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو
مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به
الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله ان ادناه على ما يراه الامام فيقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف
باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه
فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال فان رأى الامام ان يضم
الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز
ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب
التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا
لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت
بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به
ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة
فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع

وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه
مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت
المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره
صار كان الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم

كتاب السرقة السرقة في اللغة
اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع
وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء
وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار
وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي
الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او
ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع
جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق
ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله التقدير
بربع دينار وعند مالك رحمه الله بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان الا في
ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله
يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر
في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد و
قد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة
عرفا وهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال
الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل
لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر
قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وستبين من بعد
ان شاء الله تعالى قال والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة
لاموال الناس قال ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف

رحمه الله لا يقطع إلا بالإقرار مرتين ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين
فيعتبر بالأخرى وهو البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما أن السرقة ظهرت بالإقرار مرة فيكتفى
كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب
ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق
المال لا يصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد
الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي أن يسألهما الإمام
عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه إلى أن يسأل
عن الشهود للتهمة قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وإن
أصاب أقل لا يقطع لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال
النصاب في حقه والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا
في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والأصل فيه
حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه
أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع
لا تضن به فقل ما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة
ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار
للعمارة لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك
الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج و
البط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب القطع في كل
شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رحمه الله والحجة عليهما ما ذكرناه قال ولا قطع فيما
يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار
وقيل الودي وقوله عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه وما في
معناه كاللحم والتمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام
لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه الجرين قطع قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه
الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي
لم يحصد لعدم الإحراز ولا قطع في الأشربة المطربة لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ولأن

بعضها

بعضها ليس بمال وفي ماليته بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لأنه
من المعازف ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية وقال الشافعي رحمه الله يقطع لأنه
مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن أبي يوسف رحمه الله أيضا إذا بلغت الحلية نصابا لأنها ليست
من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه ولأنه
لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحلية وإنما هي توابع
ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا قطع
في أبواب المسجد لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها
ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه ولا الصليب من الذهب
ولا الشطرنج ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي
عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية
والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي لأن الحر ليس بمال وما عليه من
الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخذ الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع
إذا كان عليه حلي هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا إذا
سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه
ولا قطع في سرقة العبد الكبير لأنه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق
بحدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع
وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمي من وجه مال من وجه ولهما
أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية
ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن
ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لأن من
جنسها يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب
فأورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لأن عندهما لا قيمة لها
وعند أبي حنيفة رحمه الله لها قيمة لكن آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا
والآبنوس والصندل لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها

مباحة في دار الإسلام ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لأنها من أعز الأموال وأنفسها ولا يوجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة. وإذا اتخذ من الخشب أوانٍ وأبواب قطع فيها لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز، وفي الحصير البغدادي قالوا يجب القطع بسرقتها لغلبة الصنعة على الأصل، وإنما يجب القطع في غير المركب، وإنما يجب إذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته. ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز. قال: ولا منتهب ولا مختلس لأنه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن. ولا قطع على النباش عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه، ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه. ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة، ولأن الشبهة تمكنت في الملك لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت، وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود، وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة. وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح، وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا. ولا يقطع السارق من بيت المال لأنه مال العامة وهو منهم. قال: ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا. ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة، وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه، وإن سرق منه عروضا قطع لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا بالتراضي. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه. قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به، حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف. ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ، وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد. ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع، والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر، وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة. ولنا أن القطع أوجب سقوط

عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى، وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه، بخلاف ما ذكر لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه، ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية، وصار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول. قال: فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به، وهذا هو علامة التبدل في كل محل، وإذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله أعلم.

فصل في الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع، فالأول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز، والثاني للمعنى الثاني، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة فيها، بخلاف الصديق لأنه عاداه بالسرقة، بخلاف ما إذا سرق من بيت الرحم المحرم متاع غيره ... بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق. ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه. وإن سرق من أمه من الرضاع قطع، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة. وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة، وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة، وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا انبساط تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب. وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة، وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رحمه الله للبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة، وهو نظير الخلاف في الشهادة. ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لأن له في أكسابه حقا، وكذلك السارق من المغنم لأن له فيه نصيبا، وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا. قال: والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت، وحرز بالحافظ، قال رضي الله عنه: الحرز لا بد منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه، ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به، وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد. ثم المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ فيه هو الصحيح لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لأن البناء لقصد الإحراز، إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج لقيام يده فيه قبله، بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة ولا فرق

بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده. هو الصحيح لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا له
في العادة. وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لأنه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى. قال
ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لأنه سرق مالا محرزا بأحد
الحرزين. ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الإذن عادة أو حقيقة
في الدخول فاختل الحرز. ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منها ليلا لأنها بنيت
لإحراز الأموال وإنما الإذن يختص بالنهار. ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لأنه محرز
بالحافظ لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس
في دخوله حيث لا يقطع لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الإحراز بالحافظ. ولا قطع على الضيف إذا
سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة
لا سرقة. ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها ولأن
الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ وإن كانت دارا فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة
إلى صحن الدار قطع لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة. وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة
فسرق منها قطع لما بينا. وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما
لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك
الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع
على الداخل وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد
هذا إن شاء الله تعالى. وإن ألقاه في الطريق ثم خرج فأخذه قطع. وقال زفر رحمه الله لا يقطع لأن الإلقاء غير
موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الأخذ من السكة كما لو أخذه غيره. ولنا أن الرمي حيلة يعتادها
السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترضه يد معتبرة فاعتبر
الكل فعلا واحدا وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق. قال وكذلك إن حمله على حمار فساقه و
أخرجه لأن سيره مضاف إليه لتسييره. وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا. قال رضي الله عنه
وهذا استحسان. والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لأن الإخراج منه فتمت السرقة به. ولنا
أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع
ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد. ومن نقب البيت وأدخل يده فيه
وأخذ شيئا لم يقطع. وعن أبي يوسف رحمه الله في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط

الدخول

الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي. ولنا أن هتك الحرز
يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول
هو المعتاد بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من
حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد. وإن طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وإن أدخل
يده في الكم يقطع لأن في الوجه الأول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر
فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ولو كان
مكان الطر حل الرباط ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة. وعن أبي يوسف
رحمه الله أنه يقطع على كل حال لأنه محرز إما بالكم أو بصاحبه. قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمده
وإنما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق. وإن سرق من القطار بعيرا
أو حملا لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتتمكن شبهة العدم وهذا لأن السائق
والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الأحمال
من يتبعها للحفظ قالوا يقطع. ولو شق الحمل فأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل هذا
حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع. و
إن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع. ومعناه إذا كان الجوالق في موضع
هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لأن المعتبر
هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه منه على ما
اخترناه من قبل. وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد
ما قدمناه من القول المختار والله أعلم.

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال ويقطع يمين السارق
من الزند ويحسم. فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود ومن الزند لأن
الاسم يتناول اليد إلى الإبط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح أن النبي عليه السلام
أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف
والحد زاجر لا متلف. فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد في
السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر أيضا ذكره المشايخ. وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة يقطع
يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه
فإن عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها

جناية بل فوقها فيكون أدعى إلى شرع الحد ❊ ولنا قول علي رضي الله عنه إني لأستحيي من الله عز وجل أن لا أدع
له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعا ❊ ولأنه
إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولأنه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وجوده
بخلاف القصاص لأنه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه ❊ والحديث طعن فيه الطحاوي أو نحمله
على السياسة ❊ وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لأن فيه
تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا إن كانت
إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن قوام البطش بالإبهام
فإن كانت إصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوات الواحد لا يوجب
خللا ظاهرا في البطش ❊ وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء
عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ❊ وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد ❊ وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ
أيضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار
لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا ❊ له أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير
موضوع فيضمنها ❊ قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد
موضوع ❊ ولهما أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في
المجتهدات وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ❊ ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف
من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه
غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح ❊ ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه
قطع بأمره ثم في العمد عنده عليه الضمان في ماله لأنه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى
طريقة الاجتهاد لا يضمن ❊ ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة ولأن الخصومة
شرط لظهورها ❊ ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في الإقرار لأن الجناية
على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته وكذا إذا غاب عند القطع عندنا لأن الاستيفاء من القضاء في باب
الحدود ❊ وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه
أيضا وكذا المغصوب منه ❊ وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا
الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له
يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا الراهن إنما يقطع بخصومته

حال قيام الرهن قبل قضاء الدين وبعده لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه ❊ والشافعي رحمه الله بناه
على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده ❊ وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في الاسترداد
ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لأن فيه تفويت الصيانة ❊ ولنا أن السرقة موجبة للقطع
في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا
إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط
العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا عبرة بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك و
غاب المؤتمن فإنه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة
وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني لأن
المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبة في نفسها و
للأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه ❊ ولو سرق الثاني قبل
أن يقطع الأول أو بعدما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوم ضرورة
القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ❊ ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم
لم يقطع ❊ وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة ❊ وجه الظاهر أن الخصومة
شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة
بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها فتبقى تقديرا ❊ وإذا قضي على رجل بالقطع في
سرقة فوهبت له لم يقطع معناه إذا سلمت وكذلك إذا باعها المالك إياه ❊ وقال زفر والشافعي
رحمهما الله يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض
لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ❊ ولنا أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع
الاستغناء عنه بالاستيفاء إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده وإذا كان
كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء ❊ قال وكذلك إذا نقصت
قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء ❊ وعن محمد رحمه الله أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
اعتبارا بالنقصان في العين ❊ ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا
بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما إذا استهلكه كله أما نقصان السعر
غير مضمون فافترقا ❊ وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة
معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة ❊ وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز عنه سارق

فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل
صحة الرجوع بعد الاقرار رجلان اقرا بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق
الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما
وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة الآخر رحمه الله وهو قولهما وكان يقول اولا
لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى
معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة
عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رحمه الله ومعناه اذا كذبه
المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده اليمنى ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين
وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص
لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له
يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا
ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة
في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير ولمحمد رحمه الله في المحجور عليه ان اقراره
بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقته يؤيده ان
المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه
لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في
يده يصح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رحمه الله انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا
وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد
سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ
من زيد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي
حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد
استهلاكه بخلاف مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا
ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده
ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك

والاستهلاك

والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن في
الاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما
فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد و
سببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي
ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع
لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما
يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا
في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر
سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو
السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه و
كذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء
المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسألة اذا حضر احدهم فان حضروا
جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان
الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائب
فلم يقع القطع لهم فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى
لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي اما الوجوب فبالجناية
فاذا استوفي فالمستوفى كل الواجب الا يرى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى
هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض والله اعلم

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم
اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك
وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه
خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء
الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق
البائع مبيعا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار

بتضمين النقصان وأخذ الثوب فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق
لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة وهذه الجملة إذا كان
النقصان فاحشا فإن كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين
كل القيمة. وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه
ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترد الدراهم
والدنانير إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما وأصله
في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لأنه لم يملكه
وقيل على قولهما لا يجب لأنه ملكه قبل القطع وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك
عينه. فإن سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب
والجامع كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى
لو أراد المالك أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى
ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لأن حق كل
واحد قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وإن صبغه
أسود أخذ منه في المذهبين يعني عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والأول سواء
لأن السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رحمه الله زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق
المالك وعند أبي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل
أن يأخذوا مالا أو يقتلوا نفسا حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي
والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما تبلغ قيمته ذلك
قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حدا والأصل فيه
قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربعة
هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ
الحكم بتغلظها أما الحبس في الأولى فلأنه المراد بالنفي المذكور لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها
ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الإخافة وشرط القدرة على الامتناع لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة

والحالة الثانية كما بيناه لما تلوناه وشرطه أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي ليكون العصمة مؤبدة
ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا
يستباح طرفه إلا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي إلى
تفويت جنس المنفعة. والحالة الثالثة كما بيناه لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفا الأولياء
عنهم لا يلتفت إلى عفوهم لأنه حق الشرع. والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء
قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم وإن شاء صلبهم وقال محمد
رحمه الله يقتل أو يصلب ولا يقطع لأنه جناية واحدة فلا يوجب حدين ولأن ما دون النفس يدخل
في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو
تفويت الأمن على التناهي بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا
وإن كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو
ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يتركه لأنه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول
أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح إلى أن يموت ومثله
عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي رحمه الله أنه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الأول وهو الأصح أن الصلب
على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لأنه يتغير بعدها فيتأذى
الناس به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار
بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال وإذا قطع القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتبارا
بالسرقة الصغرى وقد بيناه وإن باشر القتل أحدهم أجري الحد عليهم بأجمعهم لأنه جزاء
المحاربة وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءا للبعض حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم
وإنما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل وإن كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء
لأنه يقع قطعا للطريق بقطع المارة قال وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما
فيه القصاص وأخذ الأرش منه فيما فيه الأرش وذلك إلى الأولياء لأنه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد
وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لأنه لما وجب
الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وإن أخذ بعدما تاب وقد قتل عمدا
فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص
أو لأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص

او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان في القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والرد تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا عبرة بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انها جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليل ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة اراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان

لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات قال ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج قال ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجرة ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والله اعلم

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم

وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء
الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه
والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول
الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة قال وارسلوا عليهم
الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر
شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر
لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص
ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان
المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه
ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم
لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة
المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فبني على اتلاف النفس
فيمتنع مخافة الضمان قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان
عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج
ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض
المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح
لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس
ان يحمل معه المصحف اذا كانوا يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن
في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن
في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند
الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون
الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان
يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام
لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد
والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ولا تقتلوا امرأة

ولا صبيا

ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق
منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف
والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه
ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين راى رسول الله
عليه السلام امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون
احد هؤلاء ممن له راي في الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا
يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل مجنونا لانه
غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما
يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه
وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من
المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق
فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره
من غير اقتحامه في الماثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به
لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله
لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا راى الامام ان يصالح اهل
الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم
فاجنح لها ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه
وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر
حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا
لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم
وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت
كان النبذ جهادا تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من
اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ
من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤوا بخيانة قاتلهم
ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه

بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد
ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن
ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاق منهم معنى وإن
رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لأنه لما جازت الموادعة بغير مال
فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم يكن فلا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من
المال يصرف مصارف الجزية هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية أما إذا
أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى وأما
المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا
في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين ولو أخذه لم يرده لأنه مال
غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام
لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك لأن دفع الهلاك واجب
بأي طريق يمكن ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم لأن النبي عليه السلام
نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من
ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لأنه أصل السلاح وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف
النقض أو الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب إلا أنا عرفناه بالنص
فإنه عليه السلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه والله أعلم

فصل في الأمان

إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم
والأصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد ولأنه
من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره
ولأن سببه لا يتجزى وهو الإيمان وكذا الأمان لا يتجزى فيتكامل كولاية الإنكاح قال إلا أن يكون في ذلك
مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر
الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الأمان لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته
رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز أمان ذمي
لأنه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران
تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة

ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن أسلم
في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ولا يجوز أمان العبد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يأذن
له مولاه في القتال وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي رحمه الله وأبو يوسف رحمه الله معه في رواية ومع أبي حنيفة
في رواية لمحمد رحمه الله قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه ولأنه مؤمن
ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وهذا لأن المؤثر في الأمان الإيمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد
عبادة والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين
إذ الكلام في مثل هذه الحالة وأما لا يملك المسايفة فلما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول
ولأبي حنيفة رحمه الله أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله بخلاف المأذون في
القتال لأن الخوف منه متحقق ولأنه إنما لا يملك المسايفة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن
احتمال الضرر في حقه والأمان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام
بخلاف المأذون لأنه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال بخلاف المسلم لأنه خلف عن الإسلام
فهو بمنزلة الدعوة إليه ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مساءلتهم ذلك وإسقاط الفرض نفع
فافترقا ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وإن كان
مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدة
عنوة أي قهرا فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر وإن شاء أقر أهله
عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم
ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الأول أولى عند حاجة الغانمين والثاني
عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه
لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله لأن في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير
بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل ووجه المذهب
ما رويناه ولأن فيه نظرا لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه
يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وإن قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وإن من عليهم بالرقاب والأراضي
يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الأسارى بالخيار إن شاء
قتلهم لأنه عليه السلام قد قتل ولأن فيه حسم مادة الفساد وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور
المنفعة لأهل الإسلام وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا إلا مشركي العرب والمرتدين على

بينهم إن شاء الله تعالى ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا لا يقتلهم
لاندفاع الشر بدونه وله أن يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ
لأنه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين
وهو قول الشافعي رحمه الله لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة الكفرة
لأنه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء
في حقه غير مضاف إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز
في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا
بأسارى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت
نفسه به وهو مأمون على إسلامه قال ولا يجوز المن عليهم أي على الأسارى خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يقول
منّ رسول الله عليه السلام على بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولأنه بالأسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه
منسوخ بما تلونا وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها
وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا
لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق الأسلحة
أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة
في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك وأصله أن الملك
للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الأصل
عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية بتوفيق الله له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال
مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن
بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولأن الاستيلاء
إثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل
موضع الخلاف ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد لأن حكم الملك لا يثبت بدونه
وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا تجوز القسمة
في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الأفضل أن يقسم في دار الإسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان
راجح إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر

سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذلك إذا لم يقاتل لمرض
أو لغيره لما ذكرنا وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم
خلافا للشافعي رحمه الله بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الأصل وإنما ينقطع حق
المشاركة عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لأن بكل منها يتم الملك
فينقطع شركة المدد ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا وقال الشافعي رحمه الله
يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا
أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه أو تأويله أن يشهدها
على قصد القتال وإن لم يكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها
إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها بينهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم
وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها
لأن الحمولة والمحمول مالهم وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة لأنه مال المسلمين ولو كان للغانمين
أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه
فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم
قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينا الأصل ومن مات من الغانمين
في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته لأن الإرث
يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله من مات بعد استقرار الهزيمة
يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه
من الطعام قال رضي الله عنه أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى وجه الأولى
أنه مشترك فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الأخرى قوله عليه السلام
في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي
لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على أصل الإباحة للحاجة
بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم
يرده في المغنم إذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن
والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة ويلبسوا الجنة

الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له
سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك
على ما قدمناه وانما ابيح ضرورة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب
والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت
للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم
في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان
حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقنة فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في
الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين واذا احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف
اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار
الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار
لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له
ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في
يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه
في يده حقيقة فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة
دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وفي
قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت
على العقار عندهما وعند محمد رحمه الله تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في
الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا
انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام
الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من
عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي
فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست محترمة وما كان غصبا في يد مسلم
او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله لهما ان المال
تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك

بالاستيلاء

بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض
في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق
عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون
من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان الاباحة
باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل
معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رحمه الله مثل قولنا وعنه انه لا يرد
اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به
قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه
صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم
ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام
الاصل فاخذ حكمه والله اعلم

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى
فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم اربعة اخماسها بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها ثم للفارس
سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي رحمه الله لما
روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق
بالغناء وغناؤه على ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير
ولابي حنيفة رحمه الله ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما
فاذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه
مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم
على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه
ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رحمه الله يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام اسهم
لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم له
رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون
السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول
على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب
مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل

يطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف إطلاقا واحدا ولأن العربي إن كان في الطلب
والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن
دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا
استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله
في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده
عند انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة
وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه
ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها
قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولأن الوقوف على حقيقة
القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقام القتال
إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حالة الشخص حالة المجاوزة فارسا
وراجلا ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله
يستحق سهم الفرس اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام
على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ
لم يسقط سهم الفرس وكذا إذا باعه في حالة القتال عند البعض والأصح أنه يسقط لأن البيع
يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي
لكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد
وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم
ولأن الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه
والعبد لا يمكنه المولى ويمنعه إلا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب
بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل
لأنه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لأنها
عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة
القتال والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين إلا أنه
يزاد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد

والأول

والأول أليس من عمله والتسوية بينه وبين المسلم في علم الجهاد وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم
سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون
ولا يدفع إلى أغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى
ولذي القربى واليتامى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين
قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم إن الله تعالى
كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض إنما يثبت في حق من يثبت
في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه علل فقال إنهم
لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه دل أن المراد من النص قرب النصرة
لا قرب القرابة قال وأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام
سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء
كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي رحمه الله
يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه
في زمن النبي عليه السلام بالنصرة بالأولى وبعده بالفقر قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي
وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع ولأن فيه معنى الصدقة
نظرا إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى
الفقراء منهم والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة و
إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا لم يخمس لأن الغنيمة
هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب بإذن
الإمام ففيه روايتان والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار
كالمنعة فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئا خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ قهرا وغلبة
فكان غنيمة ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين
لأنه لا يجب عليه نصرتهم والله أعلم

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتال ويحرض
على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه
بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا

نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكرنا وقد يكون بغيره إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ
لأن فيه إبطال حق الكل فإن فعله مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد يكون المصلحة فيه
ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز قال إلا من الخمس لأنه
لا حق للغانمين في الخمس وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في
ذلك سواء وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً
لقوله عليه السلام من قتل قتيلاً فله سلبه والظاهر أنه نصب شرع لأنه بعث له ولأن القاتل مقبلاً
أكثر غناء فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش
فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة
ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل
فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة القتال لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب
ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من
ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان على دابة أخرى مع غلامه فليس بسلبه
ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل
حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أن يطأها ويبيعها لأن التنفيل يثبت به
الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على
هذا الاختلاف والله أعلم

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا
أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بيناه فإن غلبنا
على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتباراً بسائر أملاكهم وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم
ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض
سبباً للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سبباً
للملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل
ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحاً كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا
بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً والمحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق
الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل

القسمة فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه السلام
إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم
زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظراً له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه
الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه
بغير شيء وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار
إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وإن شاء تركه لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته
فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه
بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوماً وهو مثلي يأخذه قبل القسمة و
لا يأخذه بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذه لما بينا وكذا إذا كان
مشترى بمثله قدراً ووصفاً قال وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت
عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو أما الأخذ بالثمن فلما قلنا
وأما الأرش فلأن الملك فيه صحيح فلو أخذه يأخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لأن
الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار
المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسداً والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما ههنا
الملك صحيح فافترقا وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانية وأدخلوه دار
الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على
ملكه وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم
بالألفين إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائباً ليس للأول
أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا
وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم
بنفسه وكذا من سواه لأنه يثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء
على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه
لم يملكوه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه
من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد
المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه فلم يبق

محلا للملك بخلاف المتردد ولان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله ياخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشتريا او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه ياخذه بالثمن ان شاء لما بينا وان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس او متاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا و

استأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك اذا كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا والله اعلم

فصل

قال واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة

اليسيرة لأن في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة
لأنها مدة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل
تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه وإذا مكث سنة فهو ذمي لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام
إليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللإمام أن يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين وإذا
أقامها بعد مقالة الإمام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب لأن عقد الذمة لا ينقض
كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين وإن دخل الحربي دارنا
بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس
فإذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لأنه قد يشتريها للتجارة
وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر
المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج
عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية
لأنها التزمت المقام تبعا للزوج وإذا دخل حربي بأمان وتزوج ذمية لم يصر ذميا لأنه يمكنه أن
يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار
الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لأنه أبطل
أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت
الوديعة فيئا أما الوديعة فلأنها في يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه
وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من
يد العامة فيختص به فيسقط وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك
إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو
على ورثته من بعده قال وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في
مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في
ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا
عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال
بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الغانمون
بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لإيجاب الخمس وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة

في دار الحرب

في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم
ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار و
ليسوا بأتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما
تبعا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير
محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فيبقى الكل فيئا غنيمة وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر
على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولاية أبيهم حين أسلم إذ الدار واحدة
وما كان من ماله أودعه مسلما أو ذميا فهو له لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء أما المرأة
وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوما لأن يد الحربي ليست
يدا محترمة وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء
عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دما معصوما
لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل
الزجر بها وهي ثابتة إجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الأصل
ولنا قوله تعالى فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا
إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملا
أعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم
يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت
النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا
أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل
دارهم حكما لقصدهم الانتقال إليها ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل حربيا دخل إلينا بأمان
فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة لأنه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس
المعصومة ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لا وارث له وإن كان عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء
أخذ الدية لأن النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له وقوله وإن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد هو القود عينا وهذا لأن
الدية أنفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له أن يعفو لأن الحق للعامة وولايته
نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض والله أعلم

باب العشر والخراج

قال أرض العرب كلها

ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو
ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام
والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت
في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب
لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام
قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان
يقر اهلها عليها ويضع على رؤوسهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال
وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء
التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج
وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء
التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه السلام فتحها عنوة
وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار
فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق
بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال ومن احيا مواتا فهي عند
ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت
من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشيء يعطى له
حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر
وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية لانه من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة وظفوا عليها العشر
فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة
والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء
الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو سبب
للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء ولان السقي بماء الخراج
دلالة التزامه قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي
وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة

دراهم

دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة
عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة
والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها
وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان
وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها
فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين
الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة
واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر
الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز
بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لو زدنا لاطاقت وهذا يدل على
جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع تجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رحمه الله
لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة قال وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او
اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما
اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة
او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا
وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة
وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا تتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس قال ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه
الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم
ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا
يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداءه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من
ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين
فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور
لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم
اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في

العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما
ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق
عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله اعلم

باب في الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي
والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام بني نجران على الف ومائتي حلة
ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب
الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما
يأخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين
وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع
على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه
خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجب بدلا عن القتل
حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني
ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم اجمعين ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار
ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا
عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه
كان ذلك صلحا وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى
يعطوا الجزية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه
في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم
فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى
المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم
ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان
النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه
كفر بربه بعد ما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف
زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر عليهم فنساؤهم
وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين

الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل
او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ
الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي قال
ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رحمه الله له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه
لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض
لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر
وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك
ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس
كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة رحمه الله انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول
ابي يوسف رحمه الله ووجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية
ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد
ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات
كافرا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض
فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم
جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا يسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام
ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت و
الاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة
تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان
اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت
سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وهو قول
الشافعي رحمه الله وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة
اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق
لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد
امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله
انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح

الروايات بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ منه
بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية يا ذمي ثم إنه عقوبة والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت
كالحدود ولأنه وجب بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في
الماضي لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي
وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رحمه الله في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض
المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند
البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة رحمه الله بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد
المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتبارا بالزكوة
ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه فتعذر إيجابه بعد مضي الحول فأوجبناه
في أوله والله أعلم

فصل ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام

لقوله عليه السلام
لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة والمراد إحداثها وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة
أعادوها لأن الأبنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة إلا أنهم لا يمكنون من
نقلها لأنه إحداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت
لأنه تبع للسكنى وهذا في الأمصار دون القرى لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض
بإظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضا لأن فيها بعض الشعائر والمروي
عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك
في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ أهل الذمة
بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون
بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج
التي كهيئة الأكف وإنما يؤخذون بذلك إظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين
ولأن المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة
مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن يكون خيطا غليظا من
الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام ويجب
أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف
عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة وإذا ركبوا

للضرورة

للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فإن لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت
ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلما
أو سب النبي عليه السلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام
الجزية لا أداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رحمه الله سب النبي عليه السلام يكون نقضا لأنه
ينقض إيمانه فكذا ينقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي عليه السلام كفر منه
والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال ولا ينتقض العهد إلا أن يلتحق بدار الحرب أو
يغلبوا على موضع فيحاربوننا لأنهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع
شر الحراب وإذا انتقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق
بالأموات وكذا في حكم ما حمله من ماله إلا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

فصل ونصارى

بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لأن الصلح على الصدقة
المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من
نسائهم أيضا وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية
فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب
بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال و
ذلك لا يختص بالجزية ألا يرى أنه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج أي الجزية
وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام مولى القوم منهم
ألا يرى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق
بالأصل فيه ولهذا يوضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لأن
الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة
لأن الغني من أهلها وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى أما الهاشمي ليس بأهل لهذه الصلة
أصلا لأنه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه وما جباه الإمام من الخراج ومن
أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور و
بناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق
المقاتلة وذراريهم لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين

وتحولا عليهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون
للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي
عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس
والمفتي والعلماء

باب احكام المرتدين

اذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض
عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره
باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلاثة ايام
فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل
الاول انه يستمهل فيمهل ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة و
ابي يوسف رحمهما الله انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رحمه الله
ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن
شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فيها فقدرناها بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين
من غير قيد الامهال وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة
فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر و
العبد لاطلاق الدلايل وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له
ولو تبرا عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه
كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر
مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم و
قال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة
فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشاركها فيه فتشاركها في موجبها ولنا
ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ
تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك
من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن
تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس
كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المراة على الاسلام حرة كانت او امة والامة
يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا واما المولى فلما فيه من الجمع بين الحقين ويروى وتضرب

في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا
مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لانه
مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت
ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام
بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق
الحكم وصار كان لم يزل مسلما فلم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب
وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل على ردته انتقل
ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كلاهما لورثته وقال الشافعي رحمه الله كلاهما فيء لانه مات كافرا و
المسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة
باق على ما بينا فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث
المسلم من المسلم ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن
الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة
وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان
وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه
انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل
انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل
وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب
منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت
وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة
بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده
وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي
رحمه الله يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق
صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة
عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي فلا بد من القضاء واذا تقرر

موته فتثبت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناه كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه
في قول محمد رحمه الله لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال أبو يوسف رحمه الله
وقت القضاء لأنه يصير موتا بالقضاء والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون
التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه
في حال ردته قال رضي الله عنه هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام فإن لم يف
بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الأول أن المستحق بالسببين مختلف و
حصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب
المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم ووجه الثاني أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث
فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس
بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه
من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين
ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا ووجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة
وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ
يقضى من كسب الإسلام تقديما لحقه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى ديونه من الكسبين لأنهما
جميعا ملكه حتى يجري الإرث فيهما قال وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه
من أمواله في حال ردته فهو موقوف فإن أسلم صحت عقوده وإن مات أو قتل أو لحق
بطلت وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز ما صنع في الوجهين
اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر إلى
حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف
بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف
في توقفه وهو ما عددناه لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود
الأهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل [illegible] ولد لأقل
من ستة أشهر والمرأة مسلمة [illegible] وقد مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته
إلا أنه عند أبي يوسف رحمه الله تصح كما تصح من الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل
وصار كالمرتدة وعند محمد رحمه الله تصح كما تصح من المريض لأن من انتحل إلى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه

قل ما يتركه فيفضي إلى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل ولأبي حنيفة رحمه الله أنه حربي
مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي
يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاق القتل
لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللا في الأهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لأن الاستحقاق في
ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه
إلى دار الإسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه
وإذا عاد مسلما احتاج إليه فيقدم عليه بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه
القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما
لما ذكرنا وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ
ارتد فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات
على الردة أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت
نصرانية فالولد يتبعها لأنه أقرب إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد أما إذا كانت
مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لأنها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب
ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجده
الورثة قبل القسمة رد عليهم لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث والثاني انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي
بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه ثم جاء
المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى إبطال الكتابة
لنفوذها بدليل منفذ فجعل الوارث الذي يكون هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه
ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه وإذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب
أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما
اكتسبه في الإسلام والردة لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان
جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الإسلام
لنفوذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثا عنه والثاني فيئا
عنده وإذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق
ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما الأول فلأن السراية حلت

محل غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار
لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر يهدر بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني فهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى
بلحاقه فلأنه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية وإسلامه حيوة حادثة في التقدير فلا يعود
حكم الجناية الأولى وإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه قال وإن لم يلحق وأسلم
ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله في جميع
ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع
يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم يتخلل
الردة وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد
السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء
اليمين وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل
فإنه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان
حرا فكذا إذا كان مكاتبا وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة
والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالاتفاق فكذا
بالأدنى بطريق الأولى وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة
في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لأن المرتدة
تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد وروى
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجبر تبعا للجد وهذه مسألة التبعية في الإسلام وهي رابعة
أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والأخرى
الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على
الإسلام ولا يقتل وإسلامه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كافرين وقال أبو يوسف رحمه الله
ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله إسلامه ليس بإسلام
وارتداده ليس بارتداد لهما في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا ولأنه تلزمه
أحكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح
النبي عليه السلام إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو
التصديق والإقرار معه لأن الإقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق

لا ترد ولا يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ثم
يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهم في الردة أنها مضرة محضة بخلاف الإسلام على أصل
أبي يوسف رحمه الله لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنها موجودة حقيقة
ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل
لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل
ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون
والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد
وخرجوا عن طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا
رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع
به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف
هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده رحمه الله أن عندنا
يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى
يبدؤوا بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر
لأن نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع
وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل
ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي
أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان
والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام
الحق من الواجب عند الغناء والقدرة فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع
موليهم دفعا لشرهم كيلا يلتحقوا بهم وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم
لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا
تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرنا أن المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية
ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ
مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة فإن كانت
يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس و

المال وما بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه ولنا أن عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيه قال وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانيا لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فإن كانوا صرفوه في حقه أجزى من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك لأنه لم يصل إلى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا إعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم بظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه وتأويله إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم ينقطع ولاية الإمام فيجب القصاص وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فإنه يرثه وإن قتله الباغي وقال كنت على حق وأنا على حق ورثه وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم إنه يجب وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا له أنه أتلف مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم رواه الزهري رحمه الله ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام

لاعتقاد الإباحة عن تأويل ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الإثم لأنه لا منعة في حق الشارع إذا ثبت هذا نقول في قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث ولأبي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا إلى استحقاق الإرث ولهما أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا إذ القرابة سبب الإرث فيعتبر الفاسد فيه إلا أن من شرطه بقاؤه على ديانته فإذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الحرمان قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم لأنه إعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما أنه يلقط والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب اللقيط حر لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية وكذا الدار دار الأحرار ولأن الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولأنه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له ولأن ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية إلا أن يأمره القاضي به فيكون دينا عليه لعموم الولاية قال فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون إبطال يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح استحسانا وقياسا والأصح أنه على القياس والاستحسان وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لأن دعواه تضمن ثبوت النسب وهو نافع للصغير وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو مضرة فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

فان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان
الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت
الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد
وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى
اذا سبي مع الصغير احد ابويه يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى
ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه
ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك
والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط
مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه
الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه
للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز
تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة **قال** ولا تصرف في مال اللقيط
اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة
الوافرة والموجود في كل منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه
اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها **قال** ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله **قال**
ويؤاجره قال رضي الله عنه هذه رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو
الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها
تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى والله اعلم

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط
انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند
عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا
تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع
لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه
المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره
الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك
فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان المتصرف عامل لنفسه ويكتفي من الاشهاد بان يقول

من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس **قال** فان كانت
اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رضي الله عنه وهذه رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد رحمه الله في الاصل بالحول من غير تفصيل
بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة
من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة
وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع بها في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق
تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا
الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط
يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة
شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي
الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها
كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك
مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح **قال** فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق
بقدر الامكان وهو ايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة
التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها **قال** فان جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها
فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لكنه لم يحصل باذنه فيتوقف
على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد
الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم مال الغير بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا
لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده
لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله **قال** ويجوز الالتقاط في
الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك
افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع
واذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك
ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة
فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره

كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق
على ما بيّن وان رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها
لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها
منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه
صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب
ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة على قدر ما يرى رجاء
ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق
مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا
في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام
للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على
المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها
اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذا
في رواية واحدة وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة
لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق
فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكها في يد الملتقط قبل الحبس وتسقط
اذا هلكت بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رحمه الله
يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم لا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا
قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق
بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط
الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا قال واذا حضر
رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر
على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها
ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة
من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق
الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها

وعرف عفاصها ووكاءها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام
البينة الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل
لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة
وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به
هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على
غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي رحمه الله
يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها
وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا
انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او
بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير
قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه و
ان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع
الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله اعلم

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال
فقد قيل كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق
يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو
رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق
على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك
فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه
متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل
الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر
وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة
فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال
دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما
او يفوض الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كان قيمته

أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهماً قال رضي الله عنه وهذا قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله له
أربعون درهماً لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينتقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف
الصلح على الأقل لأنه حط منه ولمحمد رحمه الله أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينتقص درهم
ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى
لما فيه من إحياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان
الراد أب المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل له لأن هؤلاء يتبرعون
بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب قال وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه لأنه أمانة
في يده لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شيء له وهو صحيح أيضاً
لأنه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع
لاستيفاء الثمن وكذا إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً
بالإعتاق كما في العبد المشترى وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وإن كان
في حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي
إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه
لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فرده على مولاه فلا جعل له لأنه رده
لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن وإن كان
الآبق رهناً فالجعل على المرتهن لأنه أحيى ماليته بالرد وهي حقه إذ الاستيفاء منها
والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لأن
الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فإن كانت أكثر
فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لأن حقه بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء وتخليصه
عن الجناية بالفداء وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين وإن بيع بدئ
بالجعل والباقي للغرماء لأنه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له
وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه وعلى الأولياء إن اختار
الدفع لعودها إليهم وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد
الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف بعد الرد

وإن كان للصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى
الرد فيه والله أعلم

كتاب المفقود

إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم
أحي هو أو ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لأن القاضي
نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون
وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لإخفاء أنه يقبض غلاته والدين
الذي أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل
في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد
رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض
من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة
المالك في الدين وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا
إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي
لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد
في نفقة ولا غيرها لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة
وهو ممكن قال وينفق على زوجته وأولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد
بل يعم جميع قرابة الولاد والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي
ينفق عليه من ماله في غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء
لا ينفق عليه من ماله لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الأول الأولاد
الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة
وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج
إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا
كانت في يد القاضي فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة
والدين والنكاح والنسب وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن كانا ظاهرين لا حاجة إلى الإقرار
وإن كان أحدهما ظاهراً الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح
وإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب
الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه وإن كان المودع والمديون جاحدين

أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود. قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به إماماً ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين. ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبره الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة. قال وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين. وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات منهم قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيه فصار كما إذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي. ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً. بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وإن كان ممن

يتغير به يعطى الأقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا والله أعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه. قال الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي. وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب رجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا بحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى. والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه. ثم هي على أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه. فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة قال قائلهم: لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جهالهم سادوا أي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه وكذا في التصرف لأنه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر فات التساوي وكذلك في الدين لما نبين إن شاء الله تعالى. وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة. وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد. وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فإنه أعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لأن المعتبر هو المعنى. قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لما قلنا. ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي. قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله

يجوز للتفاوت بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضين
الشفعوي والحنفي فإنها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي
لا يهتدي إلى الجائز من العقود ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس المال
خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها المسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين
المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك
في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما
قال وتنعقد على الكفالة والوكالة أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه
والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا **قال**
وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الإدام
لأن مقتضى العقد المساواة إذ كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء أحدهما
كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فإن
الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء
فيختص المشتري به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن
أيهما شاء المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى
لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما **قال** وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما
يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع
والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة **قال**
ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لأنه تبرع ولهذا
لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض
والكفالة بالنفس ولأبي حنيفة رحمه الله أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي
على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء
لم يصح ممن ذكرناه ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه تبرع ابتداء وانتهاء وأما
الإقراض فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل
حتى لا يصح فيه الأجل فلا يتحقق معنى المعاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام
معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

عند أبي حنيفة

عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه معاوضة انتهاء **قال** وإن ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة أو وهب له
ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط
فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنها تنقلب
عنانا للإمكان فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وإن ورث أحدهما
عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه والله أعلم ه

فصل ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض
والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا لأنها انعقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود
بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه
يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من
الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في
ذمته إذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء و
بيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيئا بماله على أن يكون المبيع بينه و
بين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رحمه الله
لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانهما على ما
عرف وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة
فساعة وتصير سلعة ويروى عن أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله والأول أقيس وأظهر وعن أبي حنيفة
رحمه الله صحة المضاربة بها **قال** ولا يجوز بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر والنقرة فتصح
الشركة بها هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة
ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات
والشركات وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل
التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل إلا أن
الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لا تصرف
إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا
ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف
فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك عند

ابي يوسف والشركة شركة املاك لا عقد وعند محمد رحمه الله يصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند
التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رحمه الله انه ثمن من وجه حتى جاز البيع به دينا في الذمة ومبيع من وجه
من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا
بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق والفرق
لمحمد رحمه الله ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة
كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء **قال** واذا اراد الشركة بالعروض
باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا
ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما
تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة **قال** واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة
دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بز او طعام او يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران
الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ
مشتق من الاعتراض يقال عن له اي عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف
مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي
الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان
اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط
بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على
قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق
واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح
لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة
باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال شريكه ويشبه الشركة اسما
وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة
حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما **قال** ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض
لان المساواة في المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به

للوجه الذي

للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من
احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء
على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى **قال** وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر
لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق **قال** ثم يرجع على
شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من
مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال
في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه **قال** واذا هلك مال الشركة او احد المالين
قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين
فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة
والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على
ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه
في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته
وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه
امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من
المالين وان اشترى احدهما بماله شيئا وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما
على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير
الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد
رحمه الله حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك
المال بعد تمامها **قال** ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بالوكالة ونقد
الثمن من مال نفسه وقد بيناه وهذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك
مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر فان كانا صرحا
بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة
المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته
من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي

المشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت بطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لانها مقصودة **قال** وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين راس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل نبيّنه حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل في الاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح براس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل **قال** ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله **قال** ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة والله اعلم **قال** واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من راس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن

بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة **قال** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل والله اعلم **قال** واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت بها لانه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما ذكرناه في شركة التقبل **قال** وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة

قال ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا

المشترك في اخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل
لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نايبا عنه وانما يثبت الملك لهما
بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو للاخذ وان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله بان قلعه
احدهما وجمعه الاخر او قلعه وجمعه احدهما وحمله الاخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال واذا اشتركا ولاحدهما
بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى و
عليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد
الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز
وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره
وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر
بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق
على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن
الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا
قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه
او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة
ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الاخر لانه عزل قصدي والله اعلم

فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الاخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة
فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم
باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا
على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة
اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الامر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن
للموكل وهذا لان في وسعه التمليك اما وقوعه زكوة فتعلق بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه
وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الامر لم يضمن المامور علم او لم يعلم
ولابي حنيفة رحمه الله انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر

اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل
بادائه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل
هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى
يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا
اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطاها ففعل فهي له بغير شئ عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال الشركة فيرجع عليه صاحبه بنصيبه
كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية
دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان
الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف
مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عن
الضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى
دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة
تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله
لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري
على كذا وقال ابو يوسف رحمه الله يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رحمه الله لا يزول حتى يجعل للوقف وليا
ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو
في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة
العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده
وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما
حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد
فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه
حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث
ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته
باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح رحمه الله جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل

أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف ألا يرى أن له ولاية التصرف
فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولأنه
يحتاج إلى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ولأنه لا يمكن أن يزال عن ملكه لا إلى مالك
لأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصا لله تعالى
ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه قال
في الكتاب لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه
قضاء في مجتهد فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه يتصدق بمنافعه مؤبدا
فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ
ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رحمه الله هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وإذا كان الملك يزول
عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط
الملك وعند محمد رحمه الله لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد
لأن التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه
فينزل منزلة الزكاة والصدقة قال وإذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ وإذا استحق
مكان قوله وإذا صح خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه
لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه
قال رضي الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال
ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف رحمه الله لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط
فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة
فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله أيضا لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة
إلا في المسجد والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف رحمه الله لأن
بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح بأن يقبر الموتى فيه سنة
ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ إصطبلا في وقت بخلاف الوقف لإمكان
الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لأن الشيوع
مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض

وقد وهب أو وقف في مرضه وفي المال ضيق لأن الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه
لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم
الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف رحمه الله إذا سمى فيه
جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون
التمليك وأنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان
التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه
لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين
وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة
منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله
وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة
بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من
التنصيص قال ويجوز وقف العقار لأن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل
ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا وقف ضيعة
ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود وقد
يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه
لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى وقال محمد رحمه الله يجوز
حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهو استحسان و
القياس أنه لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام وأما خالد
فقد حبس أدرعه وأفراسه في سبيل الله وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله ويروى
أكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد
رحمه الله أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها
والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد
في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل
في هذه الأشياء وعن نصير بن يحيى رحمه الله أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يمسك
للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا

وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به
فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم
والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس
وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما
قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رحمه الله فيطلب الشريك
القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية
الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز
نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه
لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه
القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز
ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع
بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع
الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا
ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد
الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم واقرب اموالهم
هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء
في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر
ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها
صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة
له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند
الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة
في الزيادة قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان
على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها
باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق
صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا فالاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة

لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه
ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء
الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى
يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف
فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة
فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل
الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين
ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم
غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه بان قال وقفت ارضي على ان يكون
غلته لي ما دمت حيا وللفقراء بعدي او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله
قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز
عند ابي يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله وهو قول هلال الرازي وبه قال
الشافعي رحمه الله وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة
لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء
سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء
فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف
ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان
الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض او الكل لنفسه
يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة
المسجد لنفسه ولابي يوسف رحمه الله ما روي ان النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته
والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك
الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا
لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه
مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه
ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى

إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل
ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله
وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول
أبي يوسف رحمه الله وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر الخصاف في وقفه وقال أقوام
إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله
الأشبه أن يكون هذا قول محمد رحمه الله لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف
فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل
أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون
أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا
كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير
مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا
للصغار وكذا إذا شرط الواقف أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده و
يوليها غيره لأنه مخالف لحكم الشرع فبطل والله أعلم

فصل

وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه
حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة
رحمه الله عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من
التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة
فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية
عن أبي حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن
محمد رحمه الله أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال أبو يوسف رحمه الله
يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد
فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل قال
ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله فله
أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان
السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل
السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل

دون العلو وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل
يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل
فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال
وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه
لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع كما قال الله تعالى سواء العاكف فيه والباد وإذا كان ملكه
محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى
وعن محمد رحمه الله أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله
أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار
مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه
ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لأن الأشياء
كلها لله تعالى فإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في
الإعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف رحمه الله لأنه إسقاط
منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد رحمه الله يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع
قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف رحمه الله
يقول في الحصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه
بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم
عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لم ينقطع عنه حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن
في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو
الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق
الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند أبي يوسف رحمه الله يزول ملكه بالقول
كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رحمه الله إذا استقى الناس
من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط
والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر
والحوض ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل
النائب كفعل المنوب عنه وقيل يكون تسليما لأنه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه

قال وإذا سلم يصح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولي لأنه لو نصب المتولي يصح وإن كان بخلاف العادة ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه

لما بينا إلا أن في الغلة تحل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان

والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير

والفارق هو العرف في الفصلين فإن أهل العرف

يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم

وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في

الشرب والنزول والغني لا يحتاج إلى

صرف هذه الغلة لغناه والله أعلم

بالصواب وإليه المرجع

والمآب

قد وقع الفراغ من تحرير هذا الجلد الأول من الهداية البداية في اليوم السبت وقت الضحى في اليوم الثاني عشر من جمادى الأولى المنسلكة في سلك شهور سنة ثمان وعشرين ومائة وألف من هجرة من له العز والمجد وكمال الشرف في بلدة قسطنطينية المحمية صينت عن الآفات والبلية في محلة أفضل زاده حال التوقيت إلى القضاء مدينة [illegible] وأنا الفقير المحتاج إلى رحمة رب الصمد شيخ زاده السيد محمد بن شيخ إبراهيم بن محمد حمزة رجاء الدعاء من الناظرين والقارئين اللهم بارك له واختم عاقبته بالخير بحرمة سيد الكونين ورسول الثقلين محمد المصطفى صلى الله تعالى عليه وسلم وعلى آله وأصحابه وأزواجه الطاهرين وبرحمتك وكرمك يا أرحم الراحمين ويا أكرم الأكرمين وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين

قوله صاحب المنصب [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالإيجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل
ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف
بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ
المستقبل بخلاف النكاح وقد ذكرنا الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا
او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه
العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس
وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه
واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد
الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة
دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر
مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل
المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد
لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام
دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم
البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت

لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا
ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول
وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل
عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة
مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف
فيه لا تفضي الى المنازعة قال والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر و
الصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة
فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل
قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله
تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل
ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم
الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال
ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف
وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد
الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية
الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب وأروج
فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت
سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين
العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى
ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز
بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله
عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه
جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه
لا يعرف مقداره لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم

فيتعذر فصل كل قفيز بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والمجازفة فيه بنادر فيتحقق المنازعة. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في البيع أيضاً والأول أصح وأظهر. **قال** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين. له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس. ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار. ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم ذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع. **قال** ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة رحمه الله. وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت. وعندهما يجوز في الكل لما قلنا. وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي إلى المنازعة فيه وتفضي إليها في الأول فوضح الفرق. **قال** ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود. وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف. ومن اشترى ثوباً على أنها عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف

المذكور

المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا. وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان بمنزلة ما إذا باعه معيباً فإذا هو سليم. ولو قال بعتها منك على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذاً لكل ذراع بدرهم. وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير. وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً. ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط. **قال** ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز. وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً. لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم. وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم. ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافاً لما يقوله الخصاف رحمه الله لبقاء الجهالة. ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن. ولو بين لكل ثوب ثمناً جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار. ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة. وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان أيضاً وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد لأنه جعل القبول في المروي شرطاً للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا. ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع بعشرة كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار. وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء. وقال أبو يوسف في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء. وفي الثاني بعشرة إن شاء. وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة

ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من ضرورة مقابلة الذراع
بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمه ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل
نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في
الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى
الأصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على
المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار
يتناول العرصة والبناء في العرف ولأنه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع
أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء
ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها
ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه السلام
من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وإن
كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع
وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه
وتسليمه كما إذا كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع
لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة أن لا يقطع وصار كما إذا انقضت مدة
الإجارة وفي الأرض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض
كتسليم المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين
للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر وأما
إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها
كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكأن هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق
لأنهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها
لم يدخلا لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه وأما الثمر المجذوذ والزرع
المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصريح به ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها

أو قد بدا جاز البيع لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني وقد
قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح وعلى المشتري قطعها
في الحال تفريغا لملك البائع وهذا إذا اشتراها مطلقا أو بشرط
القطع وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد
وهو شغل ملك الغير أو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع وكذا
بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها
لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر
ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الفضل وإن تركها
بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما تناهى
لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وإن اشتراها مطلقا
وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل
لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبرا بخلاف
ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له
الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا
فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره
لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل
الزيادة على ملكه قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالا معلومة
خلافا لمالك لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا
استثنى نخلا معينا لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه
قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية فينبغي
أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه
وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف
الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها

والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلي الاخضر
وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان
وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه
تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع
النخل حتى يزهي وعن بيع السنبلة حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به
فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه
انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه
بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل
في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح
يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه **قال**
واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى
هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور
رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن
والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية
ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد
كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه **قال** واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه
هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قال** ومن باع سلعة بثمن
قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن
ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة
بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما
في الدفع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري
ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري
رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة
ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي
وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز البيع بالخيار

الى شهرين

الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس
الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف
مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على
المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة
خلافا لزفر هو يقول ان العقد فاسد فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد
قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد
باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا
قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا
ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه
ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث
جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست
الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد
مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد رحمه الله
في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة
قياس آخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط
واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا
قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة و
لا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه
باذن البائع ولو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان
البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا
في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء
على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن
ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل
عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر **قال** الا ان المشتري لا يملكه

عند أبي حنيفة وقالا يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري
يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما لم يخرج
الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل
واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولأن
الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق
عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك
بالثمن وكذا إذا دخله عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق
أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد
حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار
ثلاثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها لما له من الخيار وإن وطئها له أن يردها
لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكرا لأن الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة
وقالا يفسد النكاح لأنه ملكها وإن وطئها لم يردها لأن وطئها بملك اليمين
فيمتنع الرد وإن كانت ثيبا ولهذه المسألة أخوات كلها تبتني على وقوع الملك
للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشترى على المشتري إذا كان قريبا له في
مدة الخيار ومنها عتقه إن كان المشتري حلف إن ملكت عبدا فهو حر بخلاف
ما إذا قال إن اشتريت لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها
أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزئ به عن الاستبراء ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع
لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض ومنها إذا ولدت
المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما ومنها إذا قبض المشتري
المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال
البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع
باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن
في المدة بقي على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما
بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها

إذا اشترى

إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه
ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها
بإسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار وله
أن يجيز فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر
حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط
هو العلم وإنما كنى بالحضرة عنه له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه ولا يتوقف
على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما أنه تصرف
في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق
فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب
لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار
كعزل الوكيل بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ولا نقول إنه مسلط وكيف يقال
ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال
غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة
تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل
إلى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه
الإرث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة
ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لأن المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وخيار
التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث
الخيار قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض
وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو
قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز كاشتراط الثمن على غير المشتري
ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له
اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما
الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر

السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره • ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف
العاقد في رواية وتصرف الفسخ في أخرى • وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى
لأن النائب يستفيد الولاية منه • وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه
الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الإجازة • ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال
التصرف • وقيل الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف • واستخرج ذلك مما إذا باع
الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً فمحمد يعتبر تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما

قال ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد
وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسألة على أربعة
أوجه • أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة
الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق
الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم • والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه
الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب • وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا الشرط غير مفسد للعقد
لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر • والثالث أن يفصل ولا يعين • والرابع أن
يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن • ومن
اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز
وكذلك الثلاثة فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد
البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي • وجه الاستحسان أن شرع الخيار
للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من
البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله
ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه
الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء فيها • والجهالة لا تفضي
إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار • وكذا في الأربعة إلا أن الحاجة إليها غير
متحققة • والرخصة ثبوتها بالحاجة • وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت
بأحدهما • ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو

المذكور في الجامع الصغير • وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره
على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطاً • وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار
التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما • ثم ذكر في بعض
النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة
أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة • ولو هلك أحدهما أو تعيب
لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب • ولو هلكا جميعاً معاً
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما • ولو كان فيه خيار الشرط له
أن يردهما جميعاً • ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين
للاختلاط • ولهذا لا يتوقت في حق الوارث • فأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه
من قبل • ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة
فهو رضا لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما يثبت إلا لدفع ضرر
الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك
من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة

قال وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة
وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية • لهما أن إثبات
الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه • وله أن
المبيع خرج من ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً به وفيه إلزام ضرر
زائد • وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد
ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع
الثمن وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته
يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في
الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات
وصف السلامة وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئاً
لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء رده وقال الشافعي لا يصح

لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول. ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئاً
لم يره فله الخيار إذا رآه. ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة
لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه. وكذا
إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت
قبلها. وحق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث. ولأن الرضا
بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية
بخلاف قوله رددت. ومن باع ما لم يره فلا خيار له. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً
له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط. وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا
زوالاً وثبوتاً ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن
البائع راضياً بالزوال. ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت
دونه. وروي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله
رضي الله عنه فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني اشتريت
ما لم أره. وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره
فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بينهما بالخيار لطلحة وذلك كان بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم. ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله وما يبطل
خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية. ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه
كالإعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة
يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار. وإن كان تصرفاً لا يوجب
حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية
لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا. قال ومن نظر إلى وجه
الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار
له. والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم
بالمقصود. ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون
وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى
فحينئذ يكون له الخيار. وإن كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب

لا بد من

لا بد من رؤية كل واحد. والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رحمه الله وكان
ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة. إذا ثبت هذا فنقول النظر
إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج وكذا
النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً
كموضع العلم. والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية
المقصود ولا يعتبر رؤية غيره. وشرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروي
عن أبي يوسف رحمه الله. وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به
وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع. وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعرف
للمقصود. قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها. وكذا إذا رأى
خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج. وعند زفر رحمه الله
لا بد من دخول داخل البيوت. والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم
في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ. فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل
الدار للتفاوت. والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل. قال ونظر الوكيل كنظر
المشتري حتى لا يرده إلا من عيب. ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا هما سواء وله أن يرده. قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء
فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع. لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك
ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً. وله أن القبض نوعان
تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستوراً وهذا لأن تمامه بتمام
الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق
التوكيل فإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد
ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار
الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختبار
هو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله. وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً
وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولاً في البيع والشراء
قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه

من قبل ثم يسقط خياره بجس المبيع إذا كان يعرف بالجس وبشمه إذا كان يعرف
بالشم وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار
حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف أنه إذا
وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبه يقام
مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الأخرس في الصلوة
وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رحمه الله يوكل وكيلا بقبضه
وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا

قال ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لأن رؤية أحدهما
لا يكون رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما
كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل
القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الأصل ومن مات
وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى
شيئا ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لأن العلم بأوصافه
حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به
وإن وجده متغيرا فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وإن
اختلفا في التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت
المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر
حادث والمشتري ينكره فيكون القول له ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه
ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط لأنه تعذر
الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط
يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن
كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا
ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه
اعتمد القدوري

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع
فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة

فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان
لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله
عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون
تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض
لأن ذلك رضا به قال وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب
لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله والإباق
والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب
حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري
في صغره يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره وهذا
لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة
وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة
وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال
لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب أبدا ومعناه إذا جن في الصغر
في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في
الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن
الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر
عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب
في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب
والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو
الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا
عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم
ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة ولو اشتراه على أنه
كافر فوجده مسلما لا يرده لأنه زوال العيب قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو
هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع
أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة ويعرف ذلك بقول الأمة

يكون البايع قبل القبض وبعده وهو الصحيح قال وإذا حدث
عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البايع فله أن يرجع بالنقصان
ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبايع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا
فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البايع
أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا
رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البايع أنا أقبله
كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء
لأن الرد غير ممتنع برضا البايع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان
فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها
لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا وليس
للبايع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعدما رأى العيب
رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع
وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع
على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل في الأول
قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه قال ومن اشترى عبدا فأعتقه أو
مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه أما الموت فلأن الملك ينتهي به و
الامتناع حكمي لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله
فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق
في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار
كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر
والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي وإن أعتقه
على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رح
أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاما فأكله
لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يرجع لأن

قتل

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء
ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك
فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق
المعسر عبدا مشتركا وأما الأكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع
استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع
في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر الرد
بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا ترى
أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وإن أكل بعض الطعام ثم علم
بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد
فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما
أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء
أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه
ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار
اللب وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه
يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي يرده
لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه
فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع
استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة
كالواحد والاثنين في المائة وإن كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل
الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع
عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة
أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن
غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء
بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا
رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع هناك واحد

الموجود ههنا بيعان فينفسخ الثاني لا الاول وان قبل بغير قضاء القاضي
ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق الثالث وان كان فسخا في حقهما والاول
ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له
ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء
وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان لقيام العيب
عند البائع قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث
انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين
المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به
صونا للقضاء فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع و
دفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع
كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى
عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده
والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن
انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها
حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء
حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك
قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد
يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني
يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع
ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله
ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة
لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف
وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا

من خصم ولا يعتبر خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عنده يحلف
للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف
ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ
قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه
واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف
في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار
المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة
فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم
بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه
بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه
ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة
تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء
الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة
خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة
جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا
انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية
والشرط لا تتم به على ما عرف ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال
ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه لان
المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد
وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعاءين هو
بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق
بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام
الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض
اما لو كان قبل القبض له ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان
ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق

بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو كانت دابة
فركبها في حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط
لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وإن
ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس برضا أما
الركوب للرد فلأنه سبب الرد والركوب للسقي واشتراء العلف فلأنه قد يحتاج إليه
إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل
واحد أما إذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال ومن اشترى
عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن
عند أبي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق وعلى هذا
الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق
عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود عند البائع سبب القطع
أو القتل وأنه لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه
عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه
يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع
والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق وصار كما
إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر
من المسألة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما
عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب
الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي
نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي إحداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الأيدي
ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما
يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب
ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به ولا يفيد
على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط
البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي

لا يصح البراءة على مذهبه لأن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول إن في الإبراء
معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الإسقاط
لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون
مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض
في قول أبي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لأن البراءة تتناول
الثابت ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة
وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم
والخنزير والخمر وكذا إذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه
هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة
والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه
الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود
حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض والباطل لا يفيد
ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ
لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا
لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة
والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى
والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد
المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه إن شاء الله تعالى وكذا بيع
الميتة والدم والحر باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما
بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان
قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر
والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير
متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا
إعزاز له وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها

وسيلة لأنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف
ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر
وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق
نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا إذا
باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع أم
الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت
لأم الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر
في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة
في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب
بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد
وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق قال وإن ماتت أم الولد
والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما وهو
رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال
وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما ينضم
إليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا
الضمان به وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان
حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك
ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده
وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل
أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه
غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير
حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم
الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو
أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه
السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه غرراً قال ولا اللبن في الضرع

للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع
بغيره قال والصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت
من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلى وبخلاف
القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في
موضع القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم
وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف
حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف وذراع من ثوب
ذكرا القطع أو لم يذكراه لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع عشرة
دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا
وللجهالة أيضاً ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري
يعود صحيحاً لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحاً وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً أما
الجذع معين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل
بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً لأنه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة
ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً ولأنه
باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على
الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون
خمسة أوسق لأنه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن
يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة و
تأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازاً
لأنه لا يملكه فيكون براً مبتدأ قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة
والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان
على سلعة أي يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو
وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنا

والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن
فيه تعليقا بالخطر. ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على أنه
بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال
ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد الكلأ أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه
لاشتراك الناس فيه بالحديث. وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك
عين مباح. ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب
لبنها لا يجوز فهذا أولى. ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى
وقال محمد يجوز إذا كان محرزا وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا
فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار. ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها
عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله. ولا يجوز بيع دود القز
عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام وفي رواية عن أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له
وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به. ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة وعندهما
يجوز لمكان الضرورة. وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده. والحمام إذا علم عددها
وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم. ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي
عليه السلام عنه. ولأنه لا يقدر على تسليمه قال إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده
لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق
المشتري. ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد
العقد إذا كان في يده وكان أشهد لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب
عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب. ولو قال
هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه.
ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية
كبيع الطير في الهواء. وعن أبي حنيفة أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية
والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد
رحمه الله. ولا بيع لبن امرأة في قدح. وقال الشافعي يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر ولنا

أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والأمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها
فكذا على جزئها. قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل القوة التي
هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه
إهانة له. ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح
الأصل فلا ضرورة إلى البيع. ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسده
لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته. ولأبي يوسف أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في
حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها. ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها
لأن الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال
عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد
في قرون النساء وذوائبهن قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع به
قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة
قال ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب
الصلاة. ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع
بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل
كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به
قال وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو
علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب
حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار
مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن
على ما نذكره في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل
والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل
فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا
معلوما. أما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء. وإن كان الثاني ففي
بيع حق المرور روايتان. ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن

حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله. ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان.

قال ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هي نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير، والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في كتاب النكاح لمحمد رحمه الله وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما.

قال ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل أن ينقد الثمن الأول بخمسمائة لا يجوز البيع الثاني، وقال الشافعي يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض، ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب، ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة.

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا

المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها.

قال ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه.

قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا، وإن اعتبر اختلافا في الثمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة.

قال وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع الصيد، لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز، ولأبي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه.

قال ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط، ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده، فلو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا يؤدي إلى المنازعة، إذا ثبت هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه

منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع
العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه
لا أن يشترط فيه فلو أعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه
الثمن عند أبي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا كما إذا تلف بوجه آخر ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث
ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء
بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف من وجه آخر
لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فترجح جانب
الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه
البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له
هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه السلام نهى
عن بيع وسلف ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة
في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع وقد نهى عليه السلام عن صفقتين في صفقة
قال ومن باع عينا على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد لأن الأجل في المبيع
العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون
دون الأعيان قال ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع والأصل أن ما لا يصح إفراده
بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف
الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف
الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن
بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن
في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط
الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا
والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف
ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها قال ومن اشترى ثوبا على أن

يقطعه

يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال
ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد قال
شيخ الإسلام رحمه الله ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان
يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال
والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف
المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها
على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه ولا يجوز
البيع إلى قدوم الحاج وكذا إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم
وتتأخر ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة
وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولأنه معلوم الأصل
ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف
أولى بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع
مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز لأن هذا تأجيل الدين وهذه
الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل
بالشرط الفاسد قال ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل
أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كإسقاط الأجل
في النكاح إلى أجل ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه
الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم
بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح
إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج
وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه قال ومن جمع بين حر
وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند أبي حنيفة وقالا

أن يسمي لكل واحد ثمنا جاز في العبد والذكية. وإن جمع بين عبد ومدبر
أو بين عبد وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة
وعند زفر رحمه الله فسد فيهما. ومكاتب والمكاتب
وأم الولد كالمدبر. له الاعتبار بالفصل الأول إذ محلية البيع منتفية
بالإضافة إلى الكل. ولنا أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن
جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأنه
مجهول. ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد
أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع
في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة.
أما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا
ينفذ في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر
بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك
باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا
إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون
شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في أحكامه قال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع
وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته. وقال الشافعي
رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ
المشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع
الخمر بالدراهم. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول
بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام.
والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال
نعمة الملك وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك
قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد
فبالامتناع عن المطالبة أولى. ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح

فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة. والميتة ليست بمال فانعدم
الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه. وشيء آخر أن في الخمر الواجب هو
القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا. ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو
الظاهر إلا أنه يكتفي به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح
لأن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه
كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا. وشرط
أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن.
وقوله لزمته القيمة في ذوات القيم فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه مضمون
بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من
المثل معنى. ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض
ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد
في صلب العقد لقوته. ولو كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون
من عليه لقوة العقد إلا أنه لم تتحقق المراضاة في حق من له. فإن باعه المشتري
نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد
بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع
بأصله دون وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف
ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة
لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط
من الشفيع. قال ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه
وسلمه فهو جائز وعليه قيمته لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالإعتاق
قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة قد انقطع الاسترداد على ما مر و
الكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار و
رفع الفساد عذر ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا. قال وليس

للبايع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به
فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي
الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن
ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع
الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها
لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها
عند ابي حنيفة رواه يعقوب رحمه الله عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك
في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الخلاف لهما ان حق
الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف
حق البايع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان
البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البايع
فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط
ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف قال ومن اشترى جارية
بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما ربح
في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث
في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما
الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين
حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع وتقدير الثمن
وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة
والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه
ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث
لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق

مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل فيما يكره** **قال** رضي الله عنه ونهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب
غيره قال عليه السلام لا تناجشوا وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام
لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا
واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن
احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكر وما ذكرناه محمل النهي في
النكاح ايضا وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر
فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر
وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان
اهل البلد في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه
من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر والبيع عند
اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه
وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة وكل ذلك يكره لما ذكرنا و
لا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط
الصحة ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه
نوع منه ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق
بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق
بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب
النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان
فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير
يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع
الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد
عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب
ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص

ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا
حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما
ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين
ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به فإن فرق
كره له ذلك وجاز العقد وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولاد
ويجوز في غيرها وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك
والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا
إلى محله وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وإن كانا كبيرين
فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أن النبي عليه السلام
فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

باب الإقالة

وهي جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله عليه السلام من أقال نادما بيعته
أقال الله تعالى عثرته يوم القيامة ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا
لحاجتهما فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول
والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن
لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هو بيع جديد
إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فيبطل وعند محمد هو فسخ
إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فيبطل لمحمد أن اللفظ
للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته وإذا تعذر يحمل
على محتمله وهو البيع ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ولأبي يوسف أنه مبادلة
المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة و
ترد بالعيب وتثبت بالشفعة وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة أن اللفظ
ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية
ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده
فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم
البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا نقول

اذا شرط

إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن
ثابتا محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع
لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا أما لا يمكن إثباتها في الرفع
وكذا إذا شرط الأقل لما بينا إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة
بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون
بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن فإذا زاد كان
قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف لأنه هو الأصل عنده وعند محمد
هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل
وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ
بالأقل لما بينا ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة
ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا
فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والإقالة قبل
القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند أبي يوسف في المنقول
لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لإمكان البيع فإن بيع العقار قبل
القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها
لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فإن هلك بعض المبيع
جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما
ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد
الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة
ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد
فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح
أن النبي عليه السلام لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام
ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء فقال أما بغير ثمن فلا ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض

مما له مثل لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه
مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز
لأنه يقدر على الوفاء بما التزم وإن باعه بربح ده يازده لا يجوز لأنه باعه برأس المال
وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة
القصار والصبغ والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام لأن العرف جار بإلحاق
هذه الأشياء برأس المال في عرف التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا
هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد
في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا
كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ
لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته
فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن
وإن شاء تركه وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف
يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية
والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته
ولأبي يوسف أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على
الأول وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة
منه ومن الربح ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن
الأول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت
الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه
ما يمنع الرد لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن
كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأنه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله
عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح
كان قبل ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة وقالا
يبيعه مرابحة على الثمن الأخير صورته إذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة

فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين
مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على
العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام
عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث ولأبي حنيفة أن شبهة
حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط
بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة
فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة
فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره وإذا اشترى
العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر
فإنه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن
في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار
للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى
في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه
مرابحة باثني عشر ونصف لأن هذا البيع وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم
الربح خلافا لزفر مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية
التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم
ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف
الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها
مرابحة ولا يبين لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة
لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا
منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف
في الفصل الأول أنه لا يبيعه من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي
وأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة
حتى يبين لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا إذا وطئها

وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها قال ولو اشترى
ثوبا فأصابه قرض فار أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره
وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين والمعنى ما بيناه ومن اشترى غلاما بألف
درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء
قبل لأن للأجل شبها بالمبيع ألا يرى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة
في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما
والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت يخير
كما في العيب وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لأن الأجل لا يقابله
شيء من الثمن قال وإن ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء لأن الخيانة في
التولية مثلها في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول وإن كان استهلكه ثم علم
لزمه بألف حالة لما ذكرنا وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو
نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الإنفاق وسنبينه من بعد
إن شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن
الأجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لأن المعروف
كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حال ومن ولى رجلا شيئا بما قام
عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع
يعني في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأن الفساد لم يتقرر فإذا
حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد
الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس وإنما
يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض
ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا
بالمنقول وصار كالإجارة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر
فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد

والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والإجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم
فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى مكيلا
مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز
للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن النبي عليه السلام
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري
ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب
التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له وبخلاف ما إذا باع
الثوب مذارعة لأن الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر
ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع
والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب
التسليم لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعد
البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين و
الصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل
الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم قال ولو اشترى المعدود
عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى
عن أبي حنيفة لأنه لا يحل له الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن قبل القبض
جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها
بالتعيين بخلاف المبيع ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن قال ويجوز
للبائع أن يزيد في المبيع ويجوز أن يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك
فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على
اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه
يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا
بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران
العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا
ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقطا الخيار

ويشترط قيامه بعد العقد اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به
لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى
اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية
والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى
ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة
من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر
الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند
بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا
قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله
ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا
ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت
متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين
حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة
وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي
ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر
في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا
وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم
من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة
والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

الربوا محرم في كل مكيل او موزون
اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس قال العبد ويقال القدر مع الجنس
وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا
بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح
والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا
ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان

والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين
التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في
النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به
والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه
شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو
المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك
بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوي او تتميما للفائدة باتصال التسليم
ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى
والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك
فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة
الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان
في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء
والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه
لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا
فنقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز
وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل
وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز
بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف
ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار
ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف
وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون
نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا
او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود
القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية واذا عدم الوصفان
الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه

الإباحة. وإذا وُجدا حرم التفاضل والنسَاء لوجود العلة، وإذا وُجد أحدهما
وعُدم الآخر حلّ التفاضل وحرم النسَاء، مثل أن يُسلم هرويًّا في هروي
أو حنطة في شعير. فحرمة الربا الفضل بالوصفين وحرمة النسَاء بأحدهما
وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرّم النسَاء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت
إلا شبهة الفضل، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين
فالشبهة أولى. ولنا أنه مال الربا من وجه نظرًا إلى القدر أو الجنس، والنقدية
أوجبت فضلًا في المالية فيتحقق شبهة الربا، وهي مانعة كالحقيقة، إلا أنه
إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان
في صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين، والنقود
توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين. ولو باع بالنقود موازنة
وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز، فإذا
اختلفا فيه صورة ومعنى وحكمًا لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة
فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. قال: وكل شيء نص رسول الله عليه السلام
على تحريم التفاضل فيه كيلًا فهو مكيل أبدًا وإن ترك الناس الكيل فيه
مثل الحنطة والشعير والملح والتمر، وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنًا
فهو موزون أبدًا مثل الذهب والفضة، لأن النص أقوى من العرف
والأقوى لا يُترك بالأدنى، وما لم يُنص عليه فهو محمول على عادات الناس
لأنها دلالة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه
أيضًا لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد
تبدلت، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويًا وزنًا أو الذهب بجنسه
متماثلًا كيلًا لا يجوز عندهما وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو
المعيار فيه، كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنًا
لوجود الإسلام في معلوم. قال: وكل ما يُنسب إلى الرطل فهو وزني معناه ما يباع
بالأواقي لأنها قدّرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنًا بخلاف
سائر المكاييل، وإذا كان موزونًا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز

لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة. قال: وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان
يعتبر قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدًا بيد
وسنذكر الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى. قال: وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه
التعيين ولا يعتبر التقابض خلافًا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام
في الحديث المعروف يدًا بيد، ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض و
للنقد مزية فتثبت شبهة الربا. ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب
ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به، ومعنى قوله عليه السلام
يدًا بيد عينًا بعين، وكذا رواه عبادة بن الصامت، وتعاقب القبض لا يعتبر
تفاوتًا في المالية عرفًا بخلاف النقد والمؤجل. ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا، والشافعي
يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر. ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عند
أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل
باصطلاحهما، وإذا بقيت أثمانًا لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع
الدرهم بالدرهمين. ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير
عليهما فتبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيًا
لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة و
الجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما
لأنه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده
يحرم النسَاء. قال: ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لأن المجانسة
باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة، والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍّ
بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان
كيلًا بكيل. قال: وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلًا ولا متساويًا
لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزائهما
لقيام المجانسة من وجه، وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

لأن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه أو ينقص إذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا إذا وله أن الرطب تمر لما روي أن النبي عليه السلام حين أهدي إليه رطبا أو كل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولأنه لو كان تمرا جاز البيع بأول الحديث وإن كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن أبي عياش وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لأنه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المآل وأبو حنيفة يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف عملا بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال

ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر قال ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الدهن والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لأن عند ذلك يعرى عن الربوا إذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالإجماع ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الإبل والبقر والغنم فأما البقر والجواميس جنس واحد وكذلك المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك ألبان البقر والغنم وعن الشافعي أنها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكوة فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين أصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما

للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين
المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا
اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده
ليس ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي
فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب
خلافا لابي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله
عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم
فبأي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن
منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

قال ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له
او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت
بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف
جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه
الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه
والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل
بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه
منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه
بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى
خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل
الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه
وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه
فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق
الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد
للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره

يدخل

فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري
عادة يشتريه ويتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

قال ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها
وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة
مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا
بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار
وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء
بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه يشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم
بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل
تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري
اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على
العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو
على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل
حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة
والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني
فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره
واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له
عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه
والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف
الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل
الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف
الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا
عبدي هذا فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون
عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط
في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقد قيل ان كان الوضع في حرية

لأن الدعوى فيها البس بشرط عنده للتعيين كما في فرج الأم وقيل يجوز وكذا اللقيط
غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع في الإعتاق والتناقض لا يمنع لاستبداد
المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب
يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه
الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعا منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي أن يقول
دعواي في هذا الباقي وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع
بحسابه لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع بقدره عند فوات سلامة المبدل ودلت
المسئلة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار إن شاء
أجاز البيع وإن شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية
لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية ولنا
أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه
للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره
وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية
تحصيلا لهذه الوجوه كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف
النافع قال وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لأن
الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه
وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لأن الإجازة الآخرة
بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه
بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر محض هذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عرضا
معينا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيا أيضا ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة
عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته لأنه
شراء من وجه والشراء لا يتوقف ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الورثة في الفصلين
لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حال حيوته و
لا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف

وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت
مع الشك قال ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق
جائز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك
قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة
يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا
ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع
ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا
حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا
أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة
الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الإعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كإعتاق
المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح
وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب
غير موضوع لإفادة الملك وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق
وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب
إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره
أبطله وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال
وهو الأصح قال فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشتري
لأن الملك تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على
محمد والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت
يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى وكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري
بخلاف الإعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه
شبهة عدم الملك قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز
البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول
والبيع يفسد به بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر قال فإن لم يبعه المشتري
فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه

وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ليكون مقابل البدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشرى اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال شيخ الاسلام وذكر في كتاب الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار وسنذكره في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

قال السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول اية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية وبالسنة وهو ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكن تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا للمقصود بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة

ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف الرمان والبطيخ لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما فلا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل قال ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارى على شرف

الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا
معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو
غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري الا
في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع
يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة لا يجوز في لحم الكبار منها
وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة
وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور
لانه لا يمكن وصف موضع منه ولابي حنيفة رحمه الله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته
او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة وفي مخلوع العظم
لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم
فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف
فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث
ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة
دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا
على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا
ولان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام
وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه
ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما
يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض
ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز
لانه يفضي الى المنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في
طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا قدرة على التسليم واليه
اشار عليه السلام حيث قال ارايت لو اذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل احدكم مال
اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني

ببخارى

ببخارى والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط
جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية
وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا
بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه
ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون
والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج
الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد
فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن
والاجرة وصار كالثوب ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل
في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه
فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف
ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه
اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار
احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم
ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار
كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين
بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء
تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من
قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه
لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة
وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل
لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما
لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف
قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع

وذكر في الإجارات يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن كلها
ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل يتعين
لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه
مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال
قبل أن يفارقه فيه أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين وقد
نهى النبي عليه السلام عن الكالئ بالكالئ وإن كان عينا فلأن السلم أخذ
عاجل بآجل إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض
أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب
المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار
الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق
الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع
تمام القبض ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر
رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله
وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله قال فإن
أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم
في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع
الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل
الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لأن الدين لا يتعين في
البيع ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا
قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلما فيه
من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لأنه تصرف فيه فإن
تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله
عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولأنه أخذ شبها
بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث

ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا
أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله
والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن أسلم في كر فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل
كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه له ثم
يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط
الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن قبض
المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإن
جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وإن لم يكن
سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظة
الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع صفقتان قال
ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل
وهو غائب لم يكن قضاء لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن
حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك
نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه
لم يصر قابضا قال ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لأن الأمر
قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين
في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر وكذا إذا أمره أن يصبه في البحر
في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر عليه الثمن
لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض
بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا
لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار
كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر
قابضا قال ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار قابضا
أما العين فلصحة الأمر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن

استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه ومن دفع الى صائغ خاتما فامره
ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يجز فيهما اما الدين
فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا
عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز
ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع
وان شاء شركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم
جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه
قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد
قيام العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه
فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل
واذا انفسخ العقد في السلم فقد انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب
رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان
المعقود عليه في البيع انما هو الجارية ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ولا
العقد انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى
بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل في كر
حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول
المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس
المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه
منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولو قال المسلم اليه
لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه
متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان
الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول
لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال
اذا قال المضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي

نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة
القول قول المسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على
الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي
مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا
فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول
لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب
اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان
ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه فلا بد من البيان ولا يجوز السلم
في الجواهر والخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع
وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى
ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى قال وكل ما امكن ضبط صفته
ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف
مقداره لا يجوز لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة
ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف
لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان
استصنع شيئا من ذلك من غير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل
وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم
قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه
الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح
وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو
قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع
فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل
فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز فيما امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم

وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا
لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق. لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع
فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح. ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم
باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم بالاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك
سواء. وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به. وقال الشافعي
لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين
والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا. ولنا انه نهى عن
بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان
مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على
الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول
دون البيع. قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها
حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه. قال واهل الذمة
في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما
للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة
فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على
الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون. دل عليه
قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها. قال ومن قال لغيره بع عبدك
من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز
ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز
البيع بالف ولا شيء على الضمين. واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا
وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير للعقد من وصف
مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد
المشتري بها شيئا بان يزاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها

على الاجنبي

على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من
الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد شرطه فلم يصح. قال ومن اشترى جارية
فلم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك
في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله
كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي
فيعتبر بالتعييب الحقيقي. وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير
قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا. ومن اشترى عبدا فغاب فلم ينقد الثمن
واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع
لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر
اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي
اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات
والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق
متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو
ايضا. فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه
واذا حضر الاخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما
ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب
صاحبه فلا يقبضه. ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء
جميع الثمن لان المبيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر
يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى ان يستوفي
حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه. قال ومن اشترى جارية بالف
مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء
فيجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى
جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم
وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت
فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع
بدراهمه لأن حقه في الوصف مرعي كهو في الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان
الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا. ولهما أنه من
جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه
إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بإيجاب ضمان الأصل
لأنه إيجاب له عليه فلا نظير له. قال وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا
إذا باض فيها وكذا إذا تكنس فيها ظبي لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد
وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض أصل الصيد ولهذا يجب
الجزاء على المحرم بكسره أو شيه لأنه تعيب وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك
فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر
أو الدراهم في ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعدا له بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه
لأنه عد من إنزاله فيملكه تبعا لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه
بجريان الماء.

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع إذا كان
كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد
والصرف هو النقل والرد لغة أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه
والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا. قال
فإن باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفا في
الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا
بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث. وقال عليه السلام جيدها ورديئها
سواء وقد ذكرناه في البيوع. قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا
ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره. ولأنه لا بد
من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا
للمساواة فلا يتحقق الربوا ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء
كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر

روينا ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن
المجلس معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر
وإن وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم
بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض فيه. وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل
لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا إلا هاء
وهاء. فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط
وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا
وبالثاني يفوت القبض المستحق إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه
قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله وقد بينا نظيره بخلاف ما إذا أسقط بعد الافتراق لأنه تقرر
الفساد. وإذا وجد القبض في المجلس كان التقابض بإسقاط الأجل فيجوز. قال ولا يجوز
التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة
حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى
وفي تجويزه فواته وكان ينبغي أن يجوز في الثوب كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تتعين
فينصرف العقد إلى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد
له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية وبيع المبيع
قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه
ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في
المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا. قال ومن باع جارية
قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال بألفي مثقال
فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة
الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الإتيان بالواجب
وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لأن
الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما
وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما فدفع من الثمن خمسين

جاز البيع وكان المقبوض حصة النقد وإن لم يبين ذلك لما بينا وكذلك إن قال خذ هذا الخمسين من ثمنهما لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه وإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربوا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت جهة الفساد قال ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده لأن الشركة عيب في الإناء وإن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لأنه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف كما لو اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وكذا إذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس المختلف

طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسألة المرابحة لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشترى وفي مسألة الجمع أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الأخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وإن لم تبلغ فمع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا إذ الزيادة لا يقابلها عوض قال ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين إذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء وهذا إذا كان الدين سابقا فإن كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين بأن اشترى دينارا بعشرة ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة تقع المقاصة بنفس العقد لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده

وباعتبار التجارة. ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة

قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم. وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب. ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن. وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء. قال وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف فإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر. قال العبد الضعيف ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا. ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فبالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيها نص. ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين. وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين. وإن كان يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه. وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع. وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها. لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع. وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف يوم البيع لأنه مضمون به. وعند محمد يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل. وإذا بطل البيع وجب رد المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا كما في البيع الفاسد

قال ويجوز البيع بالفلوس لأنها مال معلوم فإن كانت نافقة جاز البيع وإن لم تتعين لأنها أثمان بالاصطلاح. وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها. قال وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما. وهو نظير الاختلاف الذي بيناه. ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به. وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع على ما مر من قبل. وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع. وقول محمد أنظر وقول أبي يوسف أيسر. قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس. وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق والدراهم فلا بد من بيان عددها. ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد. ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذلك عند أبي يوسف لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس. وعن محمد أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم. قالوا وقول أبي يوسف أصح لا سيما في ديارنا. قال ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربوا فلا يجوز. وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع. ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان. ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس. قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر في المسألة الثانية ولو قال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم إلا حبة جاز لأنه قابل النصف بالفلوس علوية والنصف

بمثل إلا أنه في حق الدراهم صرف فيشترط القبض فيه وفي حق الفلوس بيع فيكتفى بقبض أحدهما لئلا يكون كالئا بكالئ وهذا هو الحكم في بيع الفلوس بالفلوس والفلوس بالدراهم أنه يكتفى بقبض أحد العوضين لأنها ليست أثمانا مطلقة لثبوت ثمنيتها بالاصطلاح بخلاف الدراهم والدنانير

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه أو بوجهه لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة وإما عرفا على ما مر في الطلاق وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح وكذا إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه أو قال علي لأنه صيغة الالتزام أو قال إلي لأنه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فإلي وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة وعلى هذا لو قال بالفارسية آشنايي وي برمن لا يكون كفيلا ولو قال وي آشنا است قالوا يكون كفيلا للعرف والصحيح أنه لا يكون كفيلا قال فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت

وفاء بما التزمه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه أول مرة فلعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فإن مضت المدة ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك الوقت برئ لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل قال وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت لزمه ضمان المال لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق

فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ من الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة
لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق. وقال الشافعي رحمه الله لا يصح
هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع. ولنا أنه
يشبه البيع ويشبه النذر من حيث إنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط
كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم
الموافاة متعارف. ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال
فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة. قال ومن ادعى
على آخر مائة دينار وبينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به
غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
إن لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه لأنه علق مالا مطلقا
بخطر لا يقال إنه لم ينسبه إلى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها
ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب إحضار النفس وإذا لم يجب لم تصح الكفالة
بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه بخلاف ما إذا بين. ولهما أن المال ذكر معرفا
فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار
البيان فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب
عليها الثانية. قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي
القصاص لأنه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. ولأبي حنيفة
قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب
فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع لأنه أمكن ترتيب
موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم. قال
ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي
لأن الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة العدد أو
العدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة

كاملة. وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
لحصول الاستيثاق بالكفالة. والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه دين مطالب به
ممكن الاستيفاء من غيره فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما. ومن أخذ من رجل
كفيلا بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لأن موجبه التزام المطالبة
وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان. وأما
الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا إذا كان دينا صحيحا مثل أن يقول
تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع لأن مبنى الكفالة على
التوسع فيتحمل فيه الجهالة. وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة وصار كما
إذا كفل بشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار. وشرط أن يكون
دينا صحيحا ومراده بصحة الدين أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه
إن شاء الله تعالى. والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء
طالب كفيله لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول
لا البراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة
بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة. ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله
أن يطالبهما لأن مقتضاه الضم بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين لأن
اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني أما المطالبة
بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق. ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل
أن يقول ما بايعت فلانا فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي أو ما غصبك فلان
فعلي. والأصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والإجماع منعقد
على صحة ضمان الدرك. ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطا
لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد
وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من
الشروط في معنى ما ذكرناه. فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء
المطر وكذا إذا جعل واحدا منهما أجلا إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة
لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق. فإن قال تكفلت

بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لأنه منكر للزيادة فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها • وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به • فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره • وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه • وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه • أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء • وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل • وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية • فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله • وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح • وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل لأنه تبع ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز • وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله • ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه • فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل و

يرجع على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف • ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة • قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه • معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء • وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء • ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء وبالإبراء فيثبت الأدنى ولا يرجع الكفيل بالشك • وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء • وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل • ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات • ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق • ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل • وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص • معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه • وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة • قال وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين كسائر الديون • وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن • والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لأنه أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو التزام المطالبة على ما ذكرنا في الكفالة بالنفس لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما يكون أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة • ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلا واجبا • ومن استأجر دابة للحمل عليها فكفل له

إنسان فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لأنه عاجز عنه فإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق. وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا. قال ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة. والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا. له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه. ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح. ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا. والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس. قال إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه. وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح. قال ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه. وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل. وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق. قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده. وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما

إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع. فلو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها وباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه. قال وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه. وعنه أنه يتصدق به. لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له. وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به. وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له. قال ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه. ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الإعراض من الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل. ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل. وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لأنه العاقد. وقال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل لأن المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله

أما إن العقد بكفالته والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح قال ومن أقام البينة
أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل
وعلى المكفول عنه وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة وإنما تقبل
لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما
يتغايران لأن الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء فبدعواه
أحدهما لا يقضى له بالآخر وإذا قضى بها بالأمر يثبت أمره وهو يتضمن الإقرار
بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها قيام
الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى
إلى الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم
غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه قال ومن باع دارا
وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة
في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن
مشروطة فيه فالمراد بها إحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب
فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع ولو شهد وختم
ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة
في البيع ولا هو إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة
من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا إذا
كتب في الصك باع وهو يملكه أو باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك
فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان
باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه
ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع
والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه
حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب
صاحبه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا صفقتين لأنه

لا شركة ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن
حصته وإن قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز
أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته
من تركته إلا بوصية وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك
وأجرة الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى وغيرها جازت الكفالة
بها على الاتفاق وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ
وممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها
أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب
ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه قال ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر وقال
المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى
شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق أن المقر
أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقر
بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولأن الأجل
في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في
الخيار أما الأجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على
الأصيل والشافعي رحمه الله ألحق الأول بالثاني وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه
ألحق الثاني بالأول والفرق قد أوضحناه قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل
بالدرك فاستحقت الجارية لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لأن بمجرد الاستحقاق
لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الأصيل
رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم
المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبطل البيع بالاستحقاق
فعلى قياسه يرجع وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل قال ومن اشترى
عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مشتبهة
قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى
حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف

الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة
لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو
بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

قال وإذا
كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف
وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه
على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل
ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني
مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع
عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع
لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور قال فإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه
قليلا كان أو كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل
عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة
فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل وكما تصح الحوالة عن المحتال عليه وإذا عرف هذا
فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف
ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل
برجوع أحدهما بنصف ما أدى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه
أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع
المال عنه بأمره قال وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب
براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به وإذا
افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين لأن
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى
يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال وإذا كوتب العبدان
كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه
بنصفه ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا

في

في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف
في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك
فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق
المساواة وإن لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته
ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى
العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة
مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان وإذا جاء
العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ
بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن أخذ
الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره وإن أخذ الآخر
لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره
فهو حال لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب
لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر
فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر
بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه
إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا
وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما إذا كان
المكفول بنفسه حرا فإن ادعى رقبة العبد فكفل به رجل بنفسه فمات العبد
فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى ردها على وجه
يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة
على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأول وإذا كفل العبد عن مولاه
بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد
منهما على صاحبه بشيء وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الأول أن لا يكون
على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره أما كفالته

بالمال عن المولى إذا كان بأمره وأما إذا كفل عن العبد يصح على كل حال لأن الحقوق
الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره وإلا لا ينفع وهو الرق قد زال ولكنها
وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد
على مولاه ولا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه قال ولا تجوز
الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لأنه ثبت مع المنافي فلا يظهر في
حق صحة الكفالة ولأنه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل
وإثباته مطلقا ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة
في قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

قال وهي جائزة بالديون لقوله عليه السلام من أحيل على ملي فليتبع ولأنه
التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وإنما اختص بالديون لأنها تنبئ عن
النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال
والمحتال عليه أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد
من رضاه وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل
فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف
في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره قال وإذا
تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ اعتبارا بالكفالة
إذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا أن الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس و
الدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق
المعاني اللغوية والتوثق باختيار الأملى والأحسن في القضاء وإنما يجبر على
القبول إذا نقد المحيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال
ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وإن توى
لأن البراءة حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له
إذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع
والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد أمرين إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه
أو يموت مفلسا لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا

هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته وهذا بناء على أن الإفلاس
لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لأن مال الله غاد ورائح قال وإذا طالب المحتال عليه
المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين كان لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل
الدين لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر
والقول للمنكر وقبول الحوالة لا يكون إقرارا بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه قال وإذا
طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني
بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر و
لفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن أودع رجلا
ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فإن هلكت برئ
لتقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب
لأن الفوات إلى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا وحكم المقيدة
في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لأنه لو أخذ منه فيبطل حقه
لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل
الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط
خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر
نفعا والله أعلم

كتاب أدب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع
في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد أما الأول فلأن حكم القضاء يستقى
من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون
أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والفاسق أهل
للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل
القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة
أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله
وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة
في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد

ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
بتقلده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قال بعضهم لا يصلح لأنه من أمور
الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقال بعضهم يصلح لأنه يجتهد كل الجهد
في إصابة الحق تحرزا عن نسبته إلى الخطاء وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد
شرط الأولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول أن الأمر
بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى
غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى المستحق وأنه بالقضاء يحيى ولا يمكنه
إلا بالعلم ولا يصير عالما بعلم غيره وصار كالتحري فإنه لا يعمل بتحري غيره
ولنا ما روي أنه عليه السلام قلد عليا رضي الله عنه قضاء اليمن حين لم يبلغ
حد الاجتهاد ولأنه مأمور بالحكم قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله
والحكم بفتوى غيره ممتثل الأمر ولأن المقصود إنصاف المظلوم ومنع الظالم
وقد حصل بخلاف التحري لأنه لا يعتمد الصواب في تحري غيره وهنا يعتقد
بفتوى غيره قال وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله
عليه السلام من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان
الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول
الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني
الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث
لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون له مع ذلك قريحة
يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها ولا بأس بالدخول
في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه لأن الصحابة رضوان الله عليهم
تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف قال
ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف كيلا يصير
شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل
قاضيا فكأنما ذبح بغير سكين وفي التحذر عنه آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله
وصبر على الضرب واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد رحمه الله تعالى ثلثا وثلثين يوما

أو ثنتا

أو ثنتا وأربعين يوما حتى قلد والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل قال
عليه السلام عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والترك عزيمة لأنه قد يخطئ ظنه
ولا يوفق له وكذا لا يمكنه إلا بإعانة غيره ولعله لا يعينه وهذا إذا كان غيره
أهلا للقضاء فإن لم يكن أو الوالي لا يقطع الخصومات بنفسه يفترض عليه التقلد صيانة
لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها
لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده
ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على الله فيلهم ومن يتوكل
على الله فهو حسبه قال ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن
الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي
رضي الله عنه في نوبته والتابعون تقلدوه من الحجاج وكان جائرا إلا إذا كان
لا يمكنه من القضاء بحق لأن المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما إذا كان يمكنه قال
ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها
لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء وهذا
إذا كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم
وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى وكذا إذا كان من مال القاضي هو الصحيح
لأنه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه
ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا
السؤال لكشف الحال لا للإلزام وينظر في حال المحبوسين لأنه نصب ناظرا فمن اعترف
بحق ألزمه إياه لأن الإقرار ملزم ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة لأنه
بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كان بفعل نفسه
فإن لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره لأن فعل القاضي المعزول
حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير وينظر في الودائع و
ارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده لأن كل ذلك
حجة ولا يقبل قول المعزول إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها
إليه فيقبل قوله فيها لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي

كانها في يده في الحال ولو بدا صاحب اليد بالاقرار للغير ثم اقر بتسليم القاضي اليه
فالقاضي يقول هو لغيره يسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن
قيمته القاضي باقراره للثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي قال ويجلس للحكم
جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع
اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك
وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد
لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء
الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز
اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع
عن دخوله والحائض تخبر القاضي احوالها فيخرج القاضي الى باب المسجد او يبعث من يفصل
بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في دابة ولو جلس في داره لا بأس به و
يأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده
تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته بمهاداته
لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك
يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد
المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه قال
ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف
العامة ويدخل في هذا الاطلاق قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه
وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها
قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام
على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين فلا تهمة في ذلك الا انه لا يمكث طويلا
ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لانه عليه السلام نهى ان يضيف احد الخصمين
ولان فيه تهمة بخلاف ما اذا اضافهما لانه لا تهمة واذا حضرا سوى بينهما
في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس و
الاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه

مكسرة لقلب صاحبه فيترك حقه وهذا لا يرفع صوته على احدهما دون الآخر
ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم
لانه يذهب مهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول اتشهد
بكذا وكذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين احد الخصمين واستحسنه ابو يوسف
رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه
احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل
فصل في الحبس
واذا ثبت الحق
عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره
بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت
الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلا بد من ظهورها
فلعله طمع في الامهال ولم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله
اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه كالمهر والكفالة لانه
اذا حصل المال في يده ثبت غناه واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره
اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه
فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم توجد
دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى
ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول قول المدعي الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر
وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين
والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة
بالموت بالاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول
قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه
شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المطل في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر
ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكرنا ويروى
غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى

رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه قال فإن لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد
مضي المدة لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو
قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة
المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في
الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى قال في الجامع الصغير رجل أقر عند
القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه وإن كان معسرا خلى
سبيله ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا
ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع و
لا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص
إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه لأن فيه إحياء ولده ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي
الزمان والله أعلم **كتاب القاضي إلى القاضي** قال ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق
إذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة
وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم بالشهادة لأن القضاء
على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب
الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى وجوازه
لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة
على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والغصب والمغصوب
والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف
بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ويقبل في العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد
قال ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل
في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في
موضعه وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون رحمهم الله قال ولا يقبل
الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت
إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب
لأنه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة

لا بالتزكية قال ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنه لا شهادة
بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
ومحمد لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما
ولهذا يدفع إليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال
أبو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه
وخاتمه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلي
بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف قال وإذا
وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره
بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم قال وإذا سلمه الشهود إليه نظر
إلى ختمه فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه
فتحه القاضي المكتوب إليه وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف رحمه الله إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب
ظهور العدالة للفتح والصحيح أنه يفك الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف
رحمه الله لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم
وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا
للقضاء قبل وصول الكتاب إليه لا يقبله لأنه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل إخباره
قاضيا آخر في غير عمله أو في غير عملهما قال وكذا لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن
فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعا له وهو
معروف بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لأنه غير
معروف قال ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب
القاضي في الحدود والقصاص لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولأن
مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما **فصل آخر** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا
في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه قال وليس للقاضي أن يستخلف
على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل
بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به

أو نائبا باستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء. قال: ولو قضى الثاني بحضرة الأول
أو قضى أجنبي فأجازه الأول جاز كما في الوكالة، وهذا لأنه حضره رأي الأول وهو
الشرط. وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله. قال:
وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب والسنة أو الإجماع بأن يكون
قولا لا دليل عليه. وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء
قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه. والأصل أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ
ولا يرده غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول وقد ترجح الأول باتصال
القضاء به فلا ينقض بما هو دونه. قال: ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه
نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله. وإن كان عامدا ففيه روايتان. وجه النفاذ أنه
ليس بخطأ بيقين. وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده
وعليه الفتوى. قال: ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة
منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف
والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول. قال: وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر
بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله. وكذا إذا قضى بإحلال
وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود
والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح. قال: ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر
من يقوم مقامه. وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق.
ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد
ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة
ولو أنكر ثم غاب فكذلك لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء وفيه خلاف
أبي يوسف رحمه الله. ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بإنابته أو بإنابة الشرع كالوصي من
جهة القاضي وقد يكون حكما بأن كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر
وهذا في غير صورة في الكتب. أما إذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن
الغائب وقد عرف تمامه في الجامع. قال: ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب
ذكر الحق لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر

على الاستخراج والكتابة ليحفظه. قال: وإن أقرض الوصي ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج
والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج.

باب التحكيم

وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما
فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي
بينهما فيشترط أهلية القضاء. ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود
في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة.
والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى. ولكل واحد من المحكمين
أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما. وإذا حكم لزمهما لصدور
حكمه عن ولاية عليهما. قال: وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه
لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه. وإن خالفه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم
التحكيم منه. قال: ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا
لا يملكان الإباحة. قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات
كالطلاق والنكاح وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به. ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر
العوام. قال: وإن حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له
عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم. ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية
على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة
لا تعقله. ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق
للشرع. ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل
قوله لأن الولاية قائمة. وإن أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية. وحكم الحاكم
لأبويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء، وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهم
لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته
عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء. ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر
يحتاج فيه إلى الرأي.

مسائل شتى من كتاب القضاء

وإذا كان علو لرجل وسفل
لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله
معناه بغير رضا صاحب العلو. وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو، وعلى هذا الخلاف

اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه وقيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله
فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق
والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف
في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل
لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه
قال واذا كانت زائغة مستطيلة تتشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة
فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق
لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع منها حق الشفعة
بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة وقيل المنع من المرور لا من فتح الباب
لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل
ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب وان كانت مستديرة
قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا الابواب لان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة
ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها
الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح
ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز لانه جهالة في
الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له
في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل
الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة
وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى
الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا
ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء
رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها
قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة
وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحده كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا
فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن



بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه كافي الركوب ولانه لما تعذر استيفاء
الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه قال ومن اقر انه قبض من
فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ القبض فهو عبارة
عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا
لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر
قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره
بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة
لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيوف
ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش
قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه
بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد بالرد
والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر فله
ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى ان حقهما
فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر
مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على
القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو
الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى
ويبرأ منه دفعا للخصومة الا يرى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت
ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر قال ولو قال ما كان لك
علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق
لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر
القدوري رحمه الله انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر
بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قال ومن ادعى على آخر
انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة
فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله

لا تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء
وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف
الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا قال وذكر حق كتب في أسفله ومن قام بذكر
هذا الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك
وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن شاء الله
هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الإقرار لأن الاستثناء
ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق وكذا الأصل في الكلام الاستبداد وله أن
الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده
حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به و
يصير كفاصل السكوت والله أعلم

فصل في القضاء بالمواريث

قال وإذا مات نصراني
فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته
فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لأن الإسلام حادث فيضاف
إلى أقرب الأوقات ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى
تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق
قال ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل
موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لأن الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر
الحدوث أيضا قال ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع
هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث
خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل
المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع
إذ هو حي فيكون إقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل
غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه
قال فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأول ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول
لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقرارا على الأول فلا يصح كما

اذا كان

إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح وحين أقر
للثاني له مكذب فلم يصح قال وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم
كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي
حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث
بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما أن القاضي ناظر للغيب
والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة
من ماله ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر
لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين
على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد
الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة
ففيه روايتان والأصح أنه على الخلاف وقيل إن دفع بعلامة اللقطة وإقرار
العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي
ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه
البعض قال وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا
بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي
في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذي هي في يده
جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن فلا يترك
المال في يده بخلاف المقر لأنه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا
للميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي و
الظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي قال ولو كانت الدعوى
في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف
العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار
وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة
رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضي نصب

لقطعها الارث بينهما وإذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البينة ويسلم
النصف اليه بذلك القضاء لأن احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين
فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لأن المقضي له وعليه انما هو الميت
في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء
لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه
وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على
احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصما بدون اليد
فيقتصر القضاء على ما في يده قال ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه
الزكوة وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق
بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان
ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع
فيه الصدقة من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهو فلا يختص
بمال دون مال ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما
الوصية تقع في حال الاستغناء وتنصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية
عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده
وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل
ارض الخراج بالاجماع لأنه يتمحض مؤنة قال ولو قال ما املكه صدقة للمساكين فقد قيل
يتناول كل مال لأنه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة
المال فلا مخصص في لفظ الملك فيبقى على العموم والصحيح انهما سواء لأن الملتزم
باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لأن حاجته هذه
مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى
هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم
بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى

يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لأن الوصاية انابة بعد
الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا تتوقف على العلم كما في تصرف
الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فتتوقف على العلم وهذا
لأنه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي
ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لأنه اثبات حق لا الزام امر قال ولا يكون
النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو والاول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر
ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة
بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال
وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي
لم يهاجر قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق
العبد لم يضمن لأن امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم
لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري
على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا
كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه
للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لأنه
عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه
ورجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم قال وان ظهر للميت مال يرجع الغريم
فيه بدينه الاول قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لأنه لحقه
في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد
عاملا له

فصل آخر

قال واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او
بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع
عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك
غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال

إيراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم [illegible] الشهادة بالحق [illegible] مأمور به قال الله تعالى كونوا قوامين [illegible] شهداء بالقسط [illegible] وهي في اصطلاح أهل اللغة عبارة عن إخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة، وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالإخبار [illegible] والأخبار الكاذبة. عناية

كثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي إلى القاضي لحاجة إليه. وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة، وفي تصديقه طاعة. وقال الإمام أبو منصور رحمه الله: إن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا، وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة. قال: وإذا عزل القاضي فقال لرجل: أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك، فقال الرجل: أخذتها ظلما، فالقول قول القاضي. وكذلك إذا قال: قضيت بقطع يدك في حق، إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض. ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له، إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا، ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، ولا يمين على القاضي. ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعله في حالة القضاء، ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معاينا. قال: ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح، لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان، فصار كما إذا قال: طلقت أو أعتقت وأنا مجنون، والجنون منه كان معهودا. ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق. ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه، لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول فيه ليس بحجة.

كتاب الشهادات

قال: الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى: ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا، وقوله تعالى: ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه. وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه

كسائر الحقوق. قال: والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد في الستر والإظهار، لأنه بين حسبتين: إقامة الحد والتوقي عن الهتك، والستر أفضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده: لو سترته بثوبك لكان خيرا لك. وقال عليه السلام: من ستر على مسلم عيبا ستر الله تعالى عليه في الدنيا والآخرة. وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام وأصحابه رضوان الله عليهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر. إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول: أخذ، إحياء لحق المسروق منه، ولا يقول: سرق، محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع، والضمان لا يجامع القطع، فلا يحصل إحياء حقه. قال: والشهادة على مراتب: منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى: واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم، ولقوله تعالى: ثم لم يأتوا بأربعة شهداء. ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال، فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات. قال: ومنها الشهادة في بقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى: واستشهدوا شهيدين من رجالكم. ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا. وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك. وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية، فإنها لا تصلح للإمارة، ولهذا لا تقبل في الحدود، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن، إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة. والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا، فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا. ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يبقى، وبالثالث يحصل العلم للقاضي، ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة، فلهذا

لا تقبل فيما تندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع
على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب
بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة
النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس
فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع ولأنه إنما سقطت الذكورة
ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث
أحوط لما فيه من معنى الإلزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق وأما حكم البكارة
فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل
وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم
نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع قال وأما شهادتهن على
استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حق الإرث لأنه مما يطلع الرجال
عليه إلا في حق الصلوة لأنه من أمور الدين وعندهما تقبل في حق الإرث أيضا
لأنه مما لا يطلع عليه إلا عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على
نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فإن لم يذكر الشاهد
لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته أما العدالة فلقوله تعالى
ممن ترضون من الشهداء أي تعتبر أحديهما ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل
منكم ولأن العدالة هي المعينة للصدق لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه
وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته
لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح إلا أن القاضي
لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة وأما لفظة الشهادة فلأن
النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ولأن فيها زيادة توكيد
لأن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد
وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى تشترط العدالة ولفظة الشهادة في
شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى
اختص بمجلس القضاء وتشترط فيها الحرية والإسلام قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر

الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه
ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى
القطع إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها
فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة قال وإن طعن الخصم فيهم سأل
عنهم لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن
يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لأن القضاء مبناه على الحجة
وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال ثم التزكية في
السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل
كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل
والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر
الأول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله
تزكية العلانية بلاء وفتنة قال ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز
الشهادة لأن العبد قد يعدل وقيل يكتفى هو عدل لأن الحرية ثابتة بأصل الدار
وهذا أصح قال وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل
معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله
يضم تزكية آخر إلى تزكيته لأن العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن في زعم المدعي
وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا وموضوع
المسئلة فيما إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا أما إذا قال صدقوا وهم
عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن
الشهود واحدا جاز والاثنان أحوط وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله لا يجوز إلا الاثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى
المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء
تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط فيه العدالة ويشترط

المذكورة في المزكي في الحدود • ولهذا قيل ليس فيه معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة
ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها قال ولا يشترط اهلية
الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا • فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا
العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة
في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل

قال وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما
ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك
الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن
في اطلاق الاداء • قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون • وقال النبي عليه السلام
اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع • ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني
لانه كذب قال ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي
لا يقبل لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت وعلم انه
ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار
الداخل ولا يراه لانه يحصل العلم في هذه الصورة • ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل
الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته
الا ان يشهد لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس
القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته
لم يسع للشاهد ان يشهد على شهادته لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد
اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم
قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله • وعندهما يحل له ان يشهد • وقيل هذا بالاتفاق
وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو
تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك
لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به
انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء
اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة

وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع • وجه الاستحسان ان هذه امور تختص
بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون
فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف
البيع لانه يسمعه كل احد • وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب • ويشترط ان يخبره رجلان
عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم • وقيل في الموت يكتفى باخبار
واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه و
يكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح قال
وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع
لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر
لا تقبل كذا هذا • ولو رأى انسانا يجلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل
له ان يشهد على كونه قاضيا • وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا
وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره
قال ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر
للقاضي قبله • ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار
التسامع في الولاء والوقف • وعن ابي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء
لانه بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب • وعن محمد رحمه الله
انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتني على زوال
الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه • واما الوقف فالصحيح انه تقبل
الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان
في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به
على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها • وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق
قول محمد رحمه الله في الرواية • وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال
بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة • قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك
بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او
عاين المالك دون الملك لا يحل وأما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك
لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران
لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء
لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا يقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع
ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم
بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤوف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة
على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه
ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف
الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها
حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا
لان الاهلية انتهت بالموت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة
من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى ان لا يثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود
في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد
لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء
منقطع بمعنى لكن قال ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان
ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق
لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد

لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل
شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاباء
والاولاد متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه
او تتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي
يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة
للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر
بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد
الزوجين للآخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة
والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه
من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان
الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما
بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى
لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه
ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة
الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ
لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة
لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي
من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول
الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى
عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه
ارتكب محرم دينه قال ولا من يلعب بالطيور لانه يورث الغفلة ولانه قد يقف
على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب
بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

ولا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لأن
كشف العورة حرام أو يأكل الربوا أو المقامر بالنرد والشطرنج لأن كل ذلك من الكبائر
وكذلك من يفوته الصلوة للاشتغال بهما فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع
من الشهادة لأن للاجتهاد فيه مساغاً. وشرط في الأصل أن يكون آكل الربوا مشهوراً به لأن
الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا. قال ولا من يفعل الأفعال
المستحقرة كالبول على الطريق والأكل على الطريق لأنه تارك للمروة وإذا كان لا يستحيي عن
مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم. قال ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف
لظهور فسقه بخلاف من يكتمه. قال وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية وقال الشافعي
لا تقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق. ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه
إلا تدينه به فيمتنع عن الكذب فصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية
عامداً مستبيحاً ذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي. أما الخطابية فهم من
غلاة الروافض ينتسبون إلى أبي الخطاب الكوفي يعتقدون الشهادة لكل من حلف
عندهم. وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم. قال وتقبل
شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم. وقال مالك والشافعي لا تقبل
لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل
شهادته على المسلم فصار كالمرتد. ولنا أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم
على بعض. ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة
على جنسه. والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب
محظور الأديان بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له. وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لأنه لا ولاية
له بالإضافة إليه ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه. وملل الكفر وإن اختلفت
فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول. قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي أراد به والله أعلم
المستأمن لأنه لا ولاية له عليه لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالاً منه. وتقبل شهادة
الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي. وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض
إذا كانوا من أهل دار واحدة فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لأن اختلاف
الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك

المستأمن

المستأمن. وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته
وإن ألم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة إذ لا بد من توقي الكبائر كلها
وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فأما الإلمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة
فلا ترد به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق
قال وتقبل شهادة الأقلف لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافاً بالدين
لأنه لم يبق بهذه الصفة عدلاً. والخصي فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي
ولأنه قطع عضو منه ظلماً فصار كما إذا قطعت يده. قال وولد الزنا لأن فسق
الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما. وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لأنه يحب
أن يكون غيره كمثله فيتهم. قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في
العدل. قال وشهادة الخنثى جائزة لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين
مقبولة بالنص. قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة
المشايخ رحمهم الله لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم. وقيل
العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر
عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروة ول
مهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة. قال وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى
إلى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحساناً وإن أنكر الوصي لم يجز. وفي القياس
لا يجوز وإن ادعى. وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت
دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما. وجه القياس
أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه. وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب
الوصي إذا كان طالباً والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين
لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة. والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثاً يملك القاضي
نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف
الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة. وفي الغريمين للميت
عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقران على أنفسهما فيثبت
الموت باعترافهما في حقهما. قال وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه

بالكوفة فادعى الوكيل او الحكم لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل
عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت
الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب
الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم
وان اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة
على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه
اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة على ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم
ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم
في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا
من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبتهم
برد ذلك المال ولهذا قلنا انه اذا اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او
او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد
ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله
اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق عليه ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه
في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة
من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل
الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض
الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة
الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد
ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه تقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر
ما ذكرناه **باب الاختلاف في الشهادة** قال اذا وافقت الشهادة الدعوى
قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة
وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين

في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والآخر بالالفين لم تقبل
الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة
والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف
او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما
فصار كالالف والالف وخمسمائة ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على
اختلاف المعنى لانه يستفاد من اللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما
جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف
جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا
وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى
لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول
ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة
والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين قال وان
قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه
المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد
من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة
او ابراته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها
خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله قضاه لانه شهادة
فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد
اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا
على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد
احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي رحمه الله عن اصحابنا انها لا تجوز وهو قول زفر
رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به
الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا

يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل
الشهادتين لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى فإن
سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى قد ترجحت باتصال
القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا
في لونها قطع وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة
وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة
لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن الحد
أهم وصار كالذكورة والأنوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل فيها بالليل من بعيد
واللونان يتشابهان أو يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض
من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه
والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه
قال ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف و
خمسمائة فالشهادة باطلة لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه
وكذا إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا
وكذلك الكتابة لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا إذا كان المدعي
المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب وكذا الخلع
والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لأن
المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه وإن كانت الدعوى من جانب الآخر فهو بمنزلة
دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب
الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظ له
في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين
وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وإن كان بعد مضي المدة والمدعي
هو الآجر فهو دعوى الدين وأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما أن هذا
اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولأبي حنيفة رحمه الله
أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو
الأصل فيثبت ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ويستوي
دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة
هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع أنه لا تقبل لأن مقصودها قد يكون
المال ومقصوده ليس إلا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه
ما ذكرنا **فصل في الشهادة على الإرث** قال ومن أقام بينة على دار أنها كانت
لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها
ميراثا له وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه
مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله هو يقول إن ملك
الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما
يقولان إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل إلا أنه يكتفى بالشهادة
على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما
نذكره إن شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير والمودع
والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجر والنقل قال وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان
مات وهي في يده جازت الشهادة لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان
والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت قال وإن قالوا
لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل
لأن اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما إذا شهدوا
بالأخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي
متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لأنه معلوم غير
مختلف وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولأن يد ذي اليد
معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت

الا المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهدا انه اقر انها كانت
في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هنا الاقرار وهو معلوم باب الشهادة
على الشهادة قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة
وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة
لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا
الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او
من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين
وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام
واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة
رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر
فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله
ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول
شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر
عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل
على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني
على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد
ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه و
خير الامور اوساطها قال ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع
على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند
محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في
الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر
تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل

اشارة الى الذي ذكره قبل هذا باوراق في فصل ما يتحمله الشاهد ... وهو قوله وانما يصير حجة بالنقل الى المجلس ... فلا بد من الانابة والتحميل

او يغيبوا

او يغيبوا مسيرة سفر فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم
لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا
السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة
من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان
لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق
الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله قال
فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان
فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن
العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت
شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم
وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها
لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل
لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا
قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت
للتعارض بين الخبرين وهو شرط واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت
فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري
اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة
بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها
بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا
على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا
انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده وكذلك كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته
ينفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين فلانة التميمية لم تقبل حتى ينسبوها الى فخذها
وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة و
هي عامة بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية

نحو قصر الصلوة والفطر ... للقضاء ... نهاية

نسبة عامة • والاوزجندية خاصة • وقيل السمرقندية والبخارية عامة • وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره • وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي • لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه • ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر • وله ان شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به • والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه • وحديث عمر رض محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى اربعين والتسخيم • ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس • وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناها في الحدود • وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا • وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات

باب الرجوع عن الشهادة

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض • ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به • وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان • والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس

وهو مجلس القاضي اي قاض كان • ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء • فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان • وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا • وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة • قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء • وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب • وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا • لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين • وفي الاعيان ان يثبت الملك للمقضي له بقضاء القاضي • ولكن للمقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان الملك في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم تخرج العين من يده بقضاء القاضي فان رجع احدهما ضمن النصف • والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق • وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق • وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق • وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق • وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد • ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل • ولابي حنيفة ان كل امرأتين

قامت مقام رجل واحد قال النبي عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين
منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة
العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجل و
ثلث نسوة ثم رجعوا فعلى الرجل النصف وعليهن النصف عندهما وعنده عليهن
ثلاثة الاخماس وعلى الرجل خمسان ولو رجع الرجل وامرأة واحدة منهن يجب نصف
الحق على الرجل عندهما وعنده بينهما اثلاثا قال ولو شهد رجلان وامرأة
بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي
بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال واذا شهد شاهدان على امرأة بالنكاح
بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها
لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة
على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة للملك ابانة لخطر
المحل وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض
لان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا
لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض
وان شهدا باكثر من مهر مثلها ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض
قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف
معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء
بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو
السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا
على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا
ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط
المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر
في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال
وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه
من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء

واذا شهدا بالقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما
لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل
مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي ههنا لان العفو مندوب
بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم
لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي
يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء
صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد
شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل
القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم
وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء
وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع
نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان
عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار
ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من
الوجه الذي ذكرنا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان
فلا يجمع بينهم في التضمين قال وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في
شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان
عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان
رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم
اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ
القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان
لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا
فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون
الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط
ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق و

الطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز أن يعقده الإنسان
بنفسه جاز أن يوكل به غيره لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار
بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون سبيله دفعا لحاجته وقد صح
أن النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة
رضي الله عنهم قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة
إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل فيها
عقيلا وبعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وكذا بإيفائها
واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع
غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة
حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر
عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن
الاستيفاء ولو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا وهذا الذي ذكرناه قول
أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود
أيضا وقول محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف وقيل هذا الاختلاف
في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره له أن
التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة
على الشهادة وكما في الاستيفاء ولأبي حنيفة أن الخصومة شرط محض لأن
الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل
كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام
أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه
لما فيه من شبهة عدم الأمر وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا
الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا وقالا يجوز
التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم
لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل
بتقاضي الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون

في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما
يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم
التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة
مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل
لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا
شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف
ويلزمه الأحكام لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا
ليملكه غيره ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لأنه يقوم مقام الموكل في
العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل
باطلا قال وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل
من أهل العبارة وإن وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق
بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة ألا يرى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه
والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا
في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم
الموكل وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون له خيار
الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر
على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه
كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل
لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول
وكالوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام و
صحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل
ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول وإذا كان كذلك كان أصيلا
في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب ويسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب
بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم لأن كل ذلك
من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب

ويبطلا وهو الصحيح قال رحمه الله وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه
تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة
تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد
الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها
لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص و
ثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة
والصلح على الانكار واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول و
الوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا
لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا
اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض
باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل
المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق
الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن
المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا
لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة
بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان
تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه
للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه
ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول
ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل
ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على
التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان
اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لانه
بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع
انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل
الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا
فان بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن
لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه
جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن
قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة
اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والبغال والحمار فقد جمع اجناسا
وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا
الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران
والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار
والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمار قال ومن دفع الى آخر
دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف
املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع
وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك
فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام
المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه
لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان
خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال
ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا لحاجته
على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل
يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه
قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد
والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي

العبد المحجور عليه بخلاف الرسول لأن الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه
إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا
إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل
من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا
بدفعه من ماله فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن
لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله أن يحبسه حتى يستوفي
الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لأن الموكل
صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه
فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه
ولنفسه عند حبسه فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف
وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لأنه منع
بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه
ولأبي يوسف رحمه الله أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه
بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ
في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال وإذا وكله
بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه
عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه
العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل
لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فإذا اشترى
عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ولأبي حنيفة
أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة
على الموكل بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له
بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع
لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شيء

بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه
عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف
جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني
وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه
ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن
مخالفا قال وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا
أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه وهذه المسألة
على وجوه إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله
أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالإجماع
وهو مطلق وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة
إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وإن أضافه
إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر وإن نواها لنفسه فهو لنفسه لأن له أن يعمل
لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة
ظاهرة على ما ذكرناه وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لأن الأصل
أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند أبي يوسف يحكم النقد
لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل
ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على
الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه
قال ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر
اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور
لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر
والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ولو كان
العبد حيا حين اختلفا إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين وإن لم يكن منقودا
فكذلك عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه وعند
أبي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها

الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقوداً لانه امين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك ولا ثمن في يده
ههنا، وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور
سواء كان الثمن منقوداً او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه فلا يتهم فيه
لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر
بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لابي حنيفة، ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه
ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلاناً يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه
فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له ان يأخذه لان الاقرار يرتد
برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعاً وعليه العهدة لانه صار مشترياً بالتعاطي
كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له، ودلت المسألة على ان التسليم
على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس
لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلاً بان يشتري له عبدين باعيانهما
ولم يسم لهما ثمناً فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع
الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع، ولو امره ان يشتريهما بالف
وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى
باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امراً بشراء
كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت
الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحساناً
لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة
والصريح يفوقها، وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن
الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف
وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر
قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين
المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى، وان امره ان يشتري بها
عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه
الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة، وقال ابو يوسف ومحمد هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف

اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه. لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات
ديناً كانت او عيناً الا يرى انه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد
فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده، ولابي حنيفة رحمه الله
انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين
او سقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير
ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امراً بصرف
ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا
عين البائع لانه يصير وكيلاً عنه في القبض ثم يتملكه، وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه
جعل المال لله تعالى وهو معلوم، واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله
الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطياً قال ومن دفع الى آخر الفاً وامره ان يشتري
بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف
فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفاً لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن
عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكره فان كانت تساوي
خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر
تناول ما يساوي الفاً فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما
اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة، وان كانت قيمتها الفاً فمعناه انهما يتحالفان
لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف
في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور
قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته
بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه
قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسألة الاولى
هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف
وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل
اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف

ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى
لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور
سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب
الولاء قال وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة
وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه
متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى
المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف
الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك
على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا احدهما اعتاق
معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة
المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني
نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه
اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك
البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا
فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون
المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف
آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان
المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده
ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه
لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد
لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة
بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم
قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة
والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند

ابي حنيفة

ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير
لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية
بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لا يملكه الاب والوصي
وكذا بيع المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان التوكيل
بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف
عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة على
ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب
والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه
وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة
وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه
متحققة فلعله اشترى لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا
بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح
اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في
العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي
لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات
ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير
ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند
ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل
بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه
من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة
الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق واذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول
تبين انه وقع وسيلة الى الامتثال واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان
عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل
لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه

شفعا شفعا فاذا اشترى الباقي قبل ان يختصما الى الامر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الامر
وهذا بالاتفاق • والفرق لابي حنيفة ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر • وآخر ان
الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير
فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه
وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي
ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث
العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها
في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ
البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء
وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان
القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج
الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او
باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه
باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الامر قال فان كان ذلك باقراره لزم المأمور
لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له
ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء
والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في
حق الثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة
قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل
الا بحجة • ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من
غير خصومة في رواية لان الرد متعين فصار كالرجوع في الهبة وتسليم الشفعة
وقضاء الدين • وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف
السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في
الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة
وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد

من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول
قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة
فقامت دلالة الاطلاق • بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر
حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم
مطلق الامر بالبيع ينتظم البيع نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد
باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع
في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض
الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف
الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن
والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه فصل قال واذا وكل
وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه
الى الرأي كالبيع والخلع والنكاح والاجارة وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما
والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء
والرأي يحتاج اليه سبقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده
بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي
بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا • بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها
ان شئتما • او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما • الا ترى انه تمليك مقتصر
على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل
فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس
متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل فيه
برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا
عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر
نظيره في ادب القاضي قال وان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز
لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته

لم يجز لأنه فاته رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه. وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه لأنه حضر رأيه
ولو قدر الثمن للأول لا الثاني فعقد بغيبته يجوز لأن الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل
وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه
اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا. أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول
كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن قال وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي
ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لأن الكفر و
الرق يقطعان الولاية. ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره
وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه. ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد
من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر. والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة
على المسلم فلا تفوض إليهما. قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك
لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية. وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا
عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة
وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه
لم يزل مسلما فيصح.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل
بالقبض خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به. ولنا
أن من ملك شيئا ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على
قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره
الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا إلا أن العرف
بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك قال فإن كانا وكيلين بالخصومة
لا يقبضان إلا معا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة
على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة حتى لو أقيمت
عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية
الحسن عن أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي
في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها. ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون
تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه

فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه
بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون
خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها قال
والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالإجماع لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه
الرسول حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف
الأمر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم
فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر
البائع تعاد البينة على البيع فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل
في قصر يده كذا هذا قال وكذا العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه إذا أقامت المرأة
البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر
الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي
جاز إقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا إلا أنه يخرج من الوكالة
وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القاضي. وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين
وهو قول أبي يوسف أولا وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه
مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار
وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيه الأهدى فالأهدى
وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب
دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحريا للصحة
قطعا. ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف أنه لا يصح لأنه لا يملكه وعن محمد أنه يصح لأن للتنصيص
زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأولى وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب
ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف إن الوكيل
قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان إن التوكيل
يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه
خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس
القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى

لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح
ولا يدفع المال اليهما قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا
في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم
الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا فلو صححناها لا يقبل لكونه مبريا نفسه
فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب
العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه
وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بالتسليم اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه
خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء
حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان
باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده
لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم
غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت
الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة
ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة
وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه
في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان
المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة
لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
اليأس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه
اقر له بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره
وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه
اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير
لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب
المال قد استوفاه فانه يدفع اليه المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر
الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال

وان وكله

وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري
بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ
عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة
كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما قالوا يجب
ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء
وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان
حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى آخر عشرة دراهم لينفقها
على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس
ليس له ذلك فيصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء
فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل
الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا
بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها
عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في
العزل اضرارا به من حيث ابطال الولاية او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد
من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه
الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة
بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف
غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض
وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر
عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات
الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به
احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة
عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة
فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم

بلحاقه وقد مر في السير. وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف. قال وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل. قال وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته وإن لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلما. قال رضي الله عنه وهذا عند محمد وأما عند أبي يوسف رحمه الله لا تعود الوكالة. لمحمد أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا. ولأبي يوسف رحمه الله أنه إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر. ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر. وعن محمد رحمه الله أنها تعود كما في الوكيل والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق. قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوجها الموكل لبقاء الحاجة. وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل. وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لأنه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة أما الرد

بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه.

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة. ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما تبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد تام صحيح. وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد. وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر. وقال محمد رحمه الله في الأصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه وإن كان مدعيا للرد صورة لأنه ينكر الضمان. قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق. فإن كان عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف. ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى. قال وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى به معلوما لأن العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين. وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة. قال ومن ادعى عقارا حدده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح. ولو كان الرجل معروفا مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود. وإن ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الأكثر بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعى به ولا كذلك بتركها. وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده. وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا ببينة أو علم القاضي هو الصحيح.

نفيا للتهمة لوجوده في العقار زعمناه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة
قوله وان يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده
او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول
يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا
وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف
لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان
اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل
المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب
اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى
لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما
روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين
حقه بالحديث المشهور فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين
مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة
في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي قال
ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة للمدعي واليمين على من انكر قسم و
القسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج احق
وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج
والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج
اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق
الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت
بها قال وان نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي
لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن

اليمين

اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه
فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني
اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار
لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه
بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فاما
المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والاول اولى ثم
النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه
لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كان الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء
والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
وصورة الاستيلاد ان يقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه
لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه
يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه
الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد
ولابي حنيفة انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا
يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء
بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون
بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه
ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع
لان المنوط به شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا
شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج
فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان
المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال

بنكوله وكذا لا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط
والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد
عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان
في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا
على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص
وان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب
المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي
يدعي العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل
بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب عليه الضمان وهذا اعمال البذل
الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد
للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق
يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا
بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا
وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه
كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه
ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي
عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال و
الخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي
لا بينة لي او شهودي غيب لم يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته
كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا
الى اخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك
اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب
الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى
دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال

عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك وقد تؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل
قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه
وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين
لان المستحق يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فانه لو قال والله والرحمن والرحيم ايمانا
ثلثة وبحذف الواو بين الاخرين كانت يمينا واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ وان شاء
لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره
وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما
روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة
الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على
موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام
لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا
ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى صلوات الله عليهما فيغلظ على كل
واحد منهما بذكر المنزل على نبيه والمجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد
رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا و
ذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا
لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب
الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى
قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت
عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم
بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك
حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده
بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع
العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يستحلف بالله ما غصبت
لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه

قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه
الوجوه لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على
قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل
وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل
فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب
المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العدة
والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لأنه لو حلف على الحاصل
يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فإن كان سببا لا يرتفع
برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه
بخلاف الأمة والعبد الكافر لأنه يكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض
العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه آخر
استحلف على علمه لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وإن وهب له
أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك
وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة
فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين
أبدا لأنه أسقط حقه

باب التحالف

قال وإذا اختلف المتبايعان
في البيع وادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع
وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضي له بها لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى
والبينة أقوى منها وإن أقام كل واحد منهما البينة كانت البينة المثبتة للزيادة
أولى لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع
جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات
وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع
وإلا فسخنا البيع وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا
البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما

به يتراضيان فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف
قبل القبض على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي
وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره وكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فمخالف
للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئا لأن المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن
والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام إذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ بيمين المشتري
وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما
إنكارا لأنه يطالب أولا بالثمن ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ولو بدئ
بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن وكان أبو يوسف
يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله
البائع خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن
بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله
ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين وقال في الزيادات
يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين
ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيدا والأصح الاقتصار على النفي لأن
الأيمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا
قال وإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت
ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة أو يقال إذا
لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع قال
وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا
لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في
استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه و
المعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام
العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف
في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف

بالوصف. ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه **قال**
والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض
قال فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري
وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا إذا خرج
المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد
الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في
جنس الثمن بعد هلاك السلعة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف
القياس لأنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي
إلى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه. ولأنه لا يبالي بالاختلاف
في السبب بعد حصول المقصود. وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة
الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع في أحد
الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل
قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع
أن يترك حصة الهالك. وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله
إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له. وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد
في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك. وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما
ويرد الحي وقيمة الهالك. لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى
ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره. ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف
القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها. ولأنه
لا يمكن التحالف في القائم على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القيمة وهي تعرف بالحزر و
الظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك
أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا
تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا. وقالوا إن المراد
من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا
وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة وعلى قول

هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري
فقد صدقه فلا يحلف المشتري. ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم وإذا حلفا
ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري
برد الباقي وقيمة الهالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف والصحيح أن يحلف المشتري
بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع
بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلف
يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك وتعتبر
قيمتهما في الانقسام يوم القبض. وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع و
أيهما أقام البينة تقبل بينته. وإن أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل
اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك
عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما. فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول
قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك
والبائع ينكره والقول للمنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتا ظاهرا
لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك. وهذا الفقه وهو أن في الأيمان يعتبر الحقيقة لأنها تتوجه
على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبتني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة
فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال
فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بالزيادة الظاهرة
على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف رحمه الله **قال** ومن اشترى جارية
وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما أثبتنا التحالف
فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين وإنما أثبتناه بالقياس
لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع
قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري
ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد لأنه
يرى النص معلولا بعد القبض أيضا **قال** ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم
اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل

النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان
ذلك في بيع العين يعود البيع دل ذلك على الفرق بينهما قال واذا اختلف
الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام
البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها
تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا
عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة
النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ
ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان
الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان
مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا
لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف اولا
ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية
وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج
عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي رحمه الله
بخلافه وقد استقصيناه في كتاب النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه الله فلا نعيده
ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة
المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها
لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة
قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل
لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض
المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف
في الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة
بدئ بيمين المواجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت
وان اقاما فبينة المواجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة

المستأجر

المستأجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي
هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال واذا اختلفا بعد
الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد لان الهلاك
انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى
التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين
انه لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه
وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي
قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه
ابتدأ العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر
في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان و
تفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع
والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء
القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل
بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء
فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع
البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية
لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في
الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينهما
اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت
ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي
ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان
الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر
والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان
للنساء فهو للمرأة وما كان لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت سواء

لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى
وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما قال وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او
رهنيه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا
قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة
لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا
مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه
فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع الخصومة
بدون اقامة البينة كما قاله ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا
مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال
ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة
لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره
فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله فاذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه ولو قال الشهود اودعه رجل
لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين
يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه
فكذا الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت ببينة ان العين
وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة
وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر بشهوده وهذه المسألة
مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم
ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع
الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه
لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على
غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه
فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان

وقال

وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله
ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا
للحد شفقة عليه واقامة للحسبة فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه
فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك
سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى
ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت
ببينة كونه احق بامساكه

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان
عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي
في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة
اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة
لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة
ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما بينة
فقضى بها بينهما رسول الله نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ
ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب
الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف
اذ المحل يقبله وانما ينتصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما
نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا
اذا لم يوقت البينتان واما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل
اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار
ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة
على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت
شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج و
نكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ

نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك لأن القاضي قضى بينهما نصفين لاستوائهما في
السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد
منهما لأنه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فلو قضى
القاضي بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه في النصف
فانفسخ البيع فيه وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما
لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه
والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الأول
تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء
في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى فهو
لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى
بالشك وإن لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى ومعناه أنه في يده لأن تمكنه
من قبضه يدل على سبق شرائه ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك
وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد
لأن الصريح ط فإن ادعى أحدهما شراء والآخر يفوق الدلالة قال وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين
ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة
مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما
في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما
لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ وعند البعض
لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان قال وإن ادعى
أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فإن كل واحد
منهما عقد معاوضة يثبت الملك وهذا عند أبي يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج
القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوكة للغير
صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة
وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت
الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة

غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى
من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك
معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وإن أقام الخارجان البينة على الملك
والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته
ولم يتلق الآخر منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما
البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه وإن أقام كل
واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك
لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت إحدى البينتين وقتا
ولم توقت الأخرى قضي بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون
الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا
أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل
والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر
قضي بينهم أرباعا لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك
المطلق قال فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم
تاريخا كان أولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد وعنه أنه
لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا
لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى
الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي
من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما
والمعنى ما بيناه ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على الملك المطلق ووقتت إحداهما
دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج أولى وقال أبو يوسف رحمه الله وهو رواية
عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما
كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن البينة من ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع
ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما
ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الذي وقت أولى

وقال محمد الذي أطلق أولى لأنه دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة
بعضهم على بعض. ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والإطلاق
يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن كما إذا ادعيا الشراء. ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء
لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ. قال وإن أقام الخارج
وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت على ما
لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا
لما يقوله عيسى بن أبان أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء. ولو تلقى كل واحد
منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يده
ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان لأن بينته
على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته. وكذا إذا كان الدعوى بين خارجين فبينة
النتاج أولى لما ذكرنا. ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى
له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية. وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص. قال وكذلك
النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن. وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في
معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف. وإن كان يتكرر
قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة و
الحبوب. فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به. فإن أشكل عليهم قضي به للخارج
لأن القضاء بالبينة هو الأصل والعدول عنه بخبر النتاج فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قال
وإن أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب
اليد أولى لأن الأول إن كان يدعي أولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما
إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه. قال وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء
من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد. قال المصنف
هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد رحمهما الله يقضى بالبينتين ويكون للخارج لأن
العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لأن القبض دلالة

السبق على ما مر ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما
أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر
بالإجماع كذا ههنا. ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك فلا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك
مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده. ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف
بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب. وإن لم يشهدوا على نقد
الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع
لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول. وإن وقتت البينتان في العقار
ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى
أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج
لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه. وإن أثبتتا قبضا يقضى لصاحب اليد لأن البيعين
جائزان على القولين. وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد
وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر. قال وإن أقام أحد المدعيين شاهدين
والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع
بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف. قال وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها
والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة
اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت
منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما. وقالا هي بينهما أثلاثا فاعتبرا طريق العول
والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد
فتقسم أثلاثا. ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات
قال ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه
القضاء لأنه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لأن مدعاه
النصف وهو في يده سالم له. ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالما بإمساكه ولا قضاء بدون
الدعوى فيترك في يده. قال وإذا تنازعا في دابة أقام كل واحد منهما البينة أنها نتجت عنده
وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لأن الحال تشهد له فيترجح وإن
أشكل ذلك كانت بينهما لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا. وإن خالف سن

ستة الى آخر الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله لانه ظهر كذب
الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة
احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما كذا في الكتب فصل في التنازع بالايدي
قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر
فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما
اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل
لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما
معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب في يد رجل
وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق
قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال اني حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال
انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له على نفسه حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر
عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عن نفسه وهو بمنزلة متاع بخلاف ما
اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان
الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال و
الهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة
تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه
ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه
على بعض هذا الحائط وقوله والهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري
لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء
فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر
منها بعد الثلاثة وان كان جذوع لاحدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه
في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر
خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني
ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد

والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في
استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى لان
لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى من اليد ووجه الثاني ان
الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم
يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت
دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في
استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده
لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة
لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت
في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة
جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود
التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية
فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن
للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع
اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه
الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا
ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت
العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه
قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها
اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر
من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا
وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح و
لا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه
دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع
ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق

ثم وكلامنا فيما لم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فاذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر
والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك قال فان مات
الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها
تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد في الام
وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه
البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها
تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده
في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير
اذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق
المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته باطلة
ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الفصل الاول قام المانع
من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد
وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح
وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه فامتنعا من هذا الوجه
ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع
حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد
ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده
يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله
من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او
كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك
كله ويصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم
ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض

فصار

فصار كالاعتاق قال ومن ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد
فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما
اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع
الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع
الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق
والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه
ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا
كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا ثبت تبعا
لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل
ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني
لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد العبد
فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه
لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد
وان كان مما لا يحتمل النقض الا يرى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري
على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما
اذا صدقه بعد ذلك لانه صار نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق
به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن
لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار
بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته
لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت
النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم
فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء
الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذه المسئلة
تخرج على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه

اقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني
وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا و
لا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا
اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في
وسعه اكتسابه ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو
اوفر النظرين قال واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد
امراة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب
على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة
كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي
عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقد عرف في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت
انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك
عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره
فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد
منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل
واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك
يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال
ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم
لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه
ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة ولان النظر من الجانبين واجب
فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده
من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة
لانه يوم المنع وان مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان
الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته

لوجود

لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله
كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته
كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان
ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة
الا ترى كيف الزم رسول الله عليه السلام ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المراة
باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية
ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن
المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق
الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته
وبخلاف الحدود والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه
ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام
الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة
الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها
او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف
الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار
كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح
اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر
عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غيره يكون رجوعا قال
والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان
علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال حتى لو بين في
الصبي الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول اصح ولا بد من ان يبين ما يجري فيه التمانع
حتى لو بين في حبة حنطة او قطرة ماء لا يصح والتعويل على العادة ولو بين في العقار
او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة وان كان لا يضمن بالغصب
ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في الكثير والقليل

كل ذلك مال فإنه اسم لما يتموّل به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفا
ولو قال له علي مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء
الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن
أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم
حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا إذا قال من الدراهم أما
إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى
نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال أموال عظام فالتقدير
فيها بثلاثة نصب من أي فن سماه اعتبارا لأدنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في
أقل من عشرة دراهم وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين لأن
صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله أن العشرة
أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر
من حيث اللفظ فينصرف إليه قال ولو قال له علي دراهم فهي ثلاثة
لأنها أقل الجمع الصحيح إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد ولو قال
كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف
العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في أقل من أحد وعشرين
درهما لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون
فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لأنه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير
واو فأحد عشر لأنه لا نظير له سواه وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون وإن ربع يزاد عليها
ألف لأن ذلك نظيره قال وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين لأن علي صيغة إيجاب
وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق
لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا
قال المصنف رح وفي نسخ المختصر في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى
صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا والأمانة أقلهما والأول أصح
ولو قال له عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده لأن كل
ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما ولو قال له في مالي

ألف درهم فهو إقرار بالدين وقيل بالشركة وقيل إن كان المال محصورا فبالشركة وإن لم يكن
فبالدين ولو قال له من مالي ألف درهم فهو هبة لأن كلمة من للتبعيض فيجعل بعض ماله له
يكون بطريق الهبة ولو قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها
أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور
في الدعوى فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون
إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور والتأجيل إنما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب
ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي
سابقة الوجوب وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين ولو قال
اقض ما عليك فقال غدا فهو إقرار لأنه تأجيل فيه وكذا لو قال لم تحل بعد أو
ليست مؤجلة لأنه ينصرف إلى المذكور قال ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في
الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه
فصار كما إذا أقر بعبد في يده لغيره وادعى الإجارة بخلاف الإقرار بالدراهم السود
لأنه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الأجل لأنه منكر
حقا عليه واليمين على المنكر وإن قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال له علي
مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إليه وهو القياس في الأول وبه قال
الشافعي لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة
على إبهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم
في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العدد وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب
بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن
لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة
أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف
فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثيابا قال ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه
التمر والقوصرة وفسره في الأصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له
وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة
في الجوالق بخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع

قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل قال ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه درهم واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة واحدة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى به له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح للثبوت له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثتهما لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كانه صرح به

قال

قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه الاقرار لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله تعالى متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء

للمقر له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار ولو قال له عليّ ألف درهم
من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلّم العبد
وخذ الألف وإلا فلا شيء لك قال المصنف هذا على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه
ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني أن يقول
المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبداً غير هذا وفيه المال لازم على المقر لإقراره
عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث
أن يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن
العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقر يدعي تسليم
من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكره وإذا تحالفا
بطل المال هذا إذا ذكر عبداً بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف
ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب
المال رجوعاً إلى كلمة على وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً لأن الجهالة مقارنة
كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع
وجوب نقد الثمن وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً وقال أبو يوسف ومحمد
إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد
وإن أقر أنه باعه متاعاً فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سبباً
وهو البيع فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره
فيكون القول له وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لأن صدر الكلام للوجوب مطلقاً
وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً ولو قال
ابتعت منه بيعاً إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض
بخلاف الإقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ومعنى هذه المسألة إذا قال
لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل
لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً وأول كلامه للوجوب وقالا إذا وصل
لا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله تعالى
قلنا ذلك تعليق وهذا إبطال ولو قال له عليّ ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم

ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة رحمه الله
وقالا إن قال موصولاً يصدق وإن قال مفصولاً لا يصدق وعلى هذا الخلاف إذا
قال هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف وعلى هذا إذا قال
لفلان عليّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط
الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق
بمجازه إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه وصار كما
إذا قال إلا أنها وزن خمسة ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي
السلامة من العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار
كما إذا قال بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه سليماً فالقول للمشتري لما بينا
والستوقة ليست من جنس الأثمان والبيع يرد على الثمن فيكون رجوعاً وقوله إلا أنها وزن خمسة
يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء
في الدار بخلاف ما إذا قال عليّ كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب
فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق
في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفاً كما في الغصب
ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها ولو قال لفلان عليّ ألف درهم
زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها
وقيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى
الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني ألفاً ثم قال هي زيوف
أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجده ويودع ما يملك
فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ولهذا لو جاء
بالمغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولاً
اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص
بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست
من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل وإن قال
في هذا كله ألفاً ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق إن فصل وإن وصل صدق لأن هذا

استثناء المقدار والاستثناء الصحيح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول
المقدار دون الوصف فهو تصرف لفظي كما بيناه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام
فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله
لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا
بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق
ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره
فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان
وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال
قائل الاعطاء والدفع اليه يكون بدون قبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه و
لو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا
اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما تصادقا
هنا على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا
فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه يأخذها
لانه اقر ان اليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت دابتي
هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو
القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم
ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في
الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد
مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به
اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون
من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ
في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر

في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه
او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما
يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هاهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما
اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا
الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت
او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في
ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن
اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

قال واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون
لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي
دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل
الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار
لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا
المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج
الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة
وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا
المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز
فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل
بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل
دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة
لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض
ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد
ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف
الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق

حقهم ظهرت صحته قال وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير
وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته
ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم
حاجته في التكفين قال ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله في
أحد قوليه يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث
آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين
ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به
إبطال حق الباقين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق
لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه لو حجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة
معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا
التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره قال وإن أقر لأجنبي جاز وإن أحاط
بماله لما بينا والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره
في الثلث كان له التقديم في الثلث الثاني لأن الثلث الثاني بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن أقر
لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره
لها ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك
الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا
ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار
مسدود للورثة فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل
الأمرين فيثبت

فصل

قال ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف
أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح
إقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف
لأنه يمنع ثبوته من غيره وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن
نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية
ويشارك الورثة في الميراث لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته
قال ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب

على الغير ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل
النسب على الغير وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد بولادته
قابلة لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب
الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى
بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها
لأن الإرث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها
ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت والتصديق
يستند إلى أول الإقرار قال ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل
إقراره في النسب لأن فيه حمل النسب على الغير فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد
فهو أولى بالميراث من المقر له لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وإن
لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لأن له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث
ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب
على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان
للموصى له ثلث المال ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر في مرضه
بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص
لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار قال ومن مات أبوه
فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا ويشاركه في الإرث لأن إقراره تضمن شيئين
حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري
إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق
قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين
لا شيء للمقر وللآخر خمسون لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون
فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو الحكم غاية الأمر أنهما تصادقا على كون
المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع
الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة أضرب
صلح مع إقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع إنكار وكل ذلك

جائز لقوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة إذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة قال والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الإنكار ظاهر وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه قال وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وإن

استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة وإن استحق بعضه رجع بحصته وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وإن ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله عليه وقد مر في البيوع قال ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد أمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

قال والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ أما الأول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما إنها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى إن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لأنه الموجب الأصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه ولو لم يصح الصلح يبطل الشفعة لأنه يبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه وأما الثاني فلأن موجب الخطأ المال فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعا فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد وهذا إذا صالح

على أحد مقادير الدية أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها إلا أنه يشترط القبض في المجلس
كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة
جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير
بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز من دعوى حد لأنه
حق الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة
نسب ولدها لأنه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة لأنه حق العامة
فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المغلب فيه
حق الشرع قال وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك
الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها
بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا
في دعواه قال وإن ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه
هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني
أنه بذل لها المال لتترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة
وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وإن ادعى على رجل
أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال لأنه أمكن تصحيحه
على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع
الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل
بالولاء قال وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل
عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف
فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبي أما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا
فكذا استخلاصا وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال ومن غصب
ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لأن الواجب هو القيمة وهي مقدرة
فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولأبي حنيفة

الله

رحمه الله أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه
في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا
تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل
إلى القيمة قال وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر
من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق لأبي حنيفة
أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز
الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها وإن صالحه على عروض جاز لما بينا
أنه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه
فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه يعني بدل الصلح إلا أن يضمنه والمال لازم للموكل و
تأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين
لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح
إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح
عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو
الوكيل دون الموكل قال وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال
وضمنه تم الصلح لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها الأجنبي والمدعى عليه سواء
فصح أصيلا فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه
كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى
وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق في هذا بينما إذا كان
مقرا أو منكرا وكذلك إن قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه
تسليمها لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على ألف وسلمها
لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك
على ألف فالعقد موقوف فإن أجاز المدعى عليه جاز ولزمه الألف وإن لم يجزه بطل
لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولي يصير أصيلا
بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه فإذا لم يضفه بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف
على إجازته قال المصنف رحمه الله ووجه آخر أن يقول صالحتك على هذه الألف

أو على حد العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته فيتم
بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإيفاء
من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فإن سلم المحل له تم الصلح وإن لم يسلم لم يرجع عليه
بشيء بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها
زيوفا حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فإذا
لم يسلم له ما سمى رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح
وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط
باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على
خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه
ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربوا فجعل إسقاطا للبعض في المسئلة الأولى
وللبعض والصفة في الثانية قال ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق لأنه
لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ولو صالحه
على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير
ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئا لا يجوز فلم يصح الصلح قال
ولو كانت له ألف درهم مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل وهو
غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام وإن كان له
ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا
فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين
وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا تعتبر الصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان
عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل
إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد
أو لأن معنى الإسقاط ألزم قال ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلي غدا منها خمسمائة على
أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه الألف وهو قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق ألا ترى أنه جعل أداء
الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضا عن الإبراء لكونه

مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء ولهما
أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح
غرضا حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط
لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أو لأنه متعارف
والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كالحوالة وستخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى
قال المصنف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة
تدفعها إلي غدا وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك على حاله
وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث إذا قال أبرأتك عن خمسمائة
من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق
الإبراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده
بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما إذا بدأ بأداء الخمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به فمن حيث إنه
لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك
فافترقا والرابع إذا قال أد إلي خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتا
وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا
لا يكون الأداء غرضا صحيحا لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة
ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد غرض صحيح والخامس إذا قال إن أديت إلي
خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط
صريحا وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف
ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد قال ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى
تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف
ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا أما إذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

قال وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار
إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه
ربع الدين وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه
فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض

وهنا الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الثمن والولد وله حق المشاركة فى ذلك
ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد
كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك
المشترك بينهما اذا عرفنا هذا فنقول فى مسئلة الكتاب ان شاء اتبع الذى عليه الاصل
لان نصيبه باق فى ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف
الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه فى ذلك قال ولو
استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم
بالباقى لانهما لما اشتركا فى المقبوض لا بد ان يبقى الباقى على الشركة قال ولو اشترى احدهما
بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة
كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو
الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب
فى البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان
يتبع الغريم فى جميع ما ذكرنا لان حقه فى ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك
القابض لانه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين
كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه
فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقى على ما بقى من السهام
ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابى يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما
لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا
وهلك فى يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابى يوسف
والتزوج به اتلاف فى ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم
بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابى حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما
فى نصيبه ولهما انه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة ولو جاز فى نصيبهما

لابد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد
والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه فى المقبوض فاذا شاركه فيه
رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال
فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الاختلاف وعلى الوجه الثانى على الاتفاق

فصل فى التخارج

قال واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه
والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر
عثمان رضى الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن ربع
ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا
فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر التقابض
فى المجلس لانه صرف غير ان الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض
ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن
قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون
ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة
احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف فى هذا
القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان فى التركة دراهم ودنانير
وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما فى
البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان فى التركة دين على الناس فادخلوه فى الصلح
على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من
عليه الدين وهو حصة المصالح قال وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب
المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة
الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه
ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء
ولو لم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا
وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز

لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه لا يجوز لانها تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد
البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم تتملكها
الورثة وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز
وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

قال المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست
الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي
عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ثم المدفوع الى
المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه
بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى
استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة
عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين
والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
ولو شرط كله للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه
من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال له بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه
توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز
لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند
ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في
المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما
دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال
فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة
في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا
هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بيناه
في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد
وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون

بالهلاك

بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح
يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط
كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه
لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد
الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما
العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال
مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان
المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب
وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له
وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن
من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير
مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز
للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل
من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب
اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف
انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة انه ان دفع اليه في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض
على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك
لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه
وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع
والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد
منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل الغرض
وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه
فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز

أن يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفع بضاعة إلى من يخرجها
من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن خرج إلى غير
ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده
إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع
المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر
كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا صورته إذا اشترى ببعض المال في المصر ثم أخرج
باقيه من المصر ثم رد ما أخرج يكون الكل مضاربة ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير
وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى
المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب
وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه
كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق
لأنه صرح بالحجر والولاية إليه قال ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا
إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل
أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل
فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح
التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة
أو دفع في الصرف على أن تشتري بها من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة
جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء
ذلك قال وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل فيتوقت بما وقته
والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب أن
يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف
مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء
الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود
قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ
عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف قال فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق عليه

نصيبه

نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود
وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق
عليه فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال
شيئا لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق
الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده
فيسعى كما في الوراثة قال فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها
فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء رب
المال استسعى العبد في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة
في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد
منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل عين منها يساوي
رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك
لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر
بحرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن
لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه يثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له
فيه وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد ولرب المال أن يستسعي الغلام لأنه احتبست ماليته
عنده وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين
لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم إذا قبض
رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه
مقدما في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال
الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة و
صارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا
كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فإنه يضمن نصيب شريكه كذا هذا
بخلاف ضمان الولد على ما مر **باب المضارب يضارب** قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره

مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فإذا ربح
ضمن الأول لرب المال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد إذا عمل
ضمن ربح أو لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف
لأن المملوك له الدفع على الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع إيداع حقيقة
وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده
إبضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن
كما لو خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني
لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل
ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل
رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مسألة مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول
فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول
صحت المضاربة لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا
دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته
في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء
ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه
بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال وإذا دفع إليه رب المال مضاربة
بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فإن كان رب
المال قال له على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
الثلث وللمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة
المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه
إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما
ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه
بنصف درهم وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث
والربح بين المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول

وقد رزق الأول الثلثين فهو بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا
ولو كان قال له ما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني
النصف والباقي بين الأول ورب المال نصفين لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك
مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح
إلا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان
من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف
وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل
فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير
شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وإن شرط للمضارب الثاني
ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني
سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال
لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه
الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر
لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف **فصل** قال وإذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلث الربح فهو
جائز لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون
للمولى ولاية أخذه إذا أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون
وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل
على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط
والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء وهذا
إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على
المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح
عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف **فصل في العزل والقسمة** قال
وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل
الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وإن ارتد رب المال عن الإسلام

والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله
بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة لأنه يتصرف له فصار كتصرفه
بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف
في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى
وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وإن علم بعزله و
المال عروض فله أن يبيعها لا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر
بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وإنما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز له أن يشتري بثمنها شيئا آخر
لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فإن عزله و
رأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة
قال المصنف وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير
أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض وعلى هذا
موت رب المال ولحوقه بدار الحرب في بيع العروض ونحوها قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه
أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء
لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع
إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أحل رب المال مكان قوله وكل
والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة
قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى
كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لأنه أمين وإن كانا
يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن
قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في يد المضارب
أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه
رب المال محسوب من رأس ماله وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص
فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا
الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب
انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر فصل فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد

والنسيئة

والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه
لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري
سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة
في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عندهما
فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة
ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء
بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو على الأعسر جاز لأن الحوالة
من عادة التجار بخلاف الأب والوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه
مقيد بشرط النظر والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة
وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء
للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع
والإبضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك
وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة
إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو
أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه
يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق
العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري
بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا
على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل به ذمته بالدين ولو أذن له رب المال في ذلك
صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة
وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض
والهبة والصدقة لأنه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة وعن أبي يوسف
أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه
ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب
ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة

الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة
لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل
عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه
في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع
التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة
على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي
عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته
في المال وان سافر فطعامه وشرابه وركوبه وكسوته ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق
ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي
واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل
لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو
انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع
قال فلو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه
دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان
بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف
الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل الثياب واجرة اجير يخدمه وعلف
دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف
حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة
وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت
نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من رأس المال
فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان
العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة
والثاني لا يوجب قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد
قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر

وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال قائم حتى اذا بيع
كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس
بعين مال قائم ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار
شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه فصل آخر قال فان كان معه
الف بالنصف فاشترى بها بزا وباعه بالفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا
يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه
على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو
العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه
انه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه
وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الثمن واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه
وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو
الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد
على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا
ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما
اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح
بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة
على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان
فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى
المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في
حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد عرف في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها
عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان
الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر
الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما
نصيب المضارب فلما بيناه واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن
قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب

وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء
كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال
ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال وإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع
رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه لأن المال أمانة في يده ولا استيفاء إنما يكون بقبض
مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل
الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان
كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى
ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض
بعده أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا
هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت
إليك ألفين فالقول قول المضارب وكان أبو حنيفة أولا يقول القول قول رب المال وهو
قول زفر لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما
ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا
كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه
لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى
من فضل قبلت لأن البينات للإثبات ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان
بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه
تقوم عمله أو شرطا من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب
المال هي بضاعة أو وديعة فالقول قول رب المال والبينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي
عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة
بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف
الوكالة لأن الأصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على
التخصيص والإذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة
الآخر إلى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة

قال الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام
ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولأن بالناس حاجة إلى
الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع أن
يحفظها بنفسه وبمن في عياله لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه
ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه
فكان المالك راضيا به فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضي بيده
لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره
والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال
إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة
أخرى لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه
يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع قال فإن
طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع وهذا لأنه لما طالبه لم يكن
راضيا بإمساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل
للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالا إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض
بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه
صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء وله
أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لأنها
من موجبات الشركة فلا يصلح موجبا لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لا حق له
إلا في الدين وقد سقط وعندهما بالإبراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط
وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان وهذا بالإجماع
لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل
خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز
والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا
وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال
لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة

لانه يصير مايعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق
الكيس فاختلط لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق
المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه
او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي
لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك
ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم
العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب
المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك
هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد
اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين
البيع فتم الرفع منهما او لان المودع يتفرد بعزل نفسه بحضرة المستودع كالوكيل يملك عزل
نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف
ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح خلافا لزفر لان
الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه
او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل
ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين
لابي حنيفة اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي
في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد
والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة
الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون
في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان
العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ
في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه
لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة

مستودعا

استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك
والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع
اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه
فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه
بالمشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة
ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اذ الديون تقضى
بامثالها وقوله ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له الف
درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه
قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه
فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند
ابي حنيفة وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما
ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر
ولا يضمنه كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كلها لان الفعل متى اضيف
الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضاء
المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم
لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك
راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها
الى زوجتك فسلمها اليها لم يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله
فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه
وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه
لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن
لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد
فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين
تتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا

بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح
الشرط. قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له
ان يأخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على
الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض
بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن
الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني
رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين
لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك
الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اما الثاني فمستمر على الحالة الاولى لم يوجد منه صنع
فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره. قال ومن كان في يده الف فادعاها
رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف لهما وعليه الف
اخرى بينهما. وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق
الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ
القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا
لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء
لهما لعدم الحجة وان نكل للثاني يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف
للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي
اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه
القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما
في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما
ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل
واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي
في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل
حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه واما بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف
انه ينفذ قضاؤه للاول وقد وضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان

من العلماء من قال القضاء للاول لا ينفذ لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد له لان
نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا
وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة
ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وتحقيق ذلك في المسئلة وقد وقع فيه بعض
الخطاب والله اعلم

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانها نوع احسان وقد استعار
النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة
الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك
وكذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية
من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك
نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة
ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك
والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون مضرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو
الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة
لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى. قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك
هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به
الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا. قال
واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها
لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله
لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره. قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء
لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا
على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه. قال والعارية
امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن
استحقاق فيضمنه والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد
وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه تمليك المنافع
بغير عوض او اباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع

فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعديا. وأما وجوب الرد فمؤنته كنفقة المستعار فإنها
على المستعير لا لتنفع القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد
له حكم العقد على ما عرف في موضعه. قال وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فإن آجره فعطب
ضمن لأن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه، ولأنا لو صححناه لا يصح
إلا لازما لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد
باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه، وضمنه حين سلمه لأنه إذا لم تتناوله
العارية كان غصبا، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه
ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر رجع
على المؤاجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور، بخلاف ما إذا علم. قال وله أن
يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل، وقال الشافعي ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع
على ما بيناه من قبل، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما
جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة هاهنا، ونحن نقول هو تمليك المنافع
على ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل
كذلك في الإعارة دفعا للحاجة، وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن
المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره. قال العبد الضعيف وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة، وهي
على أربعة أوجه: أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع، وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء
في أي وقت شاء عملا بالإطلاق. والثاني أن تكون مقيدة فيهما، وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا
بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو خير منه، والحنطة مثل الحنطة. والثالث أن تكون مقيدة
في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع. والرابع عكسه، وليس له أن يتعدى ما سماه، فلو استعار دابة
ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان
الركوب مختلفا لأنه لما أطلق فله أن يعين، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه،
ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب. قال وعارية الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون والمعدود قرض لأن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها
فاقتضى تمليك العين ضرورة، وذلك بالهبة أو القرض، والقرض أدناهما فيثبت، أو لأن من قضية
الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه. قالوا هذا إذا أطلق الإعارة، أما إذا عين

الجهة

فإنه لم يكن شيئا من هذا قرضا لأن الانتفاع بعين الأشياء مع بقائها ممكن فصار نظير سائر العواري ١٢

الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له
إلا المنفعة المسماة وصار كما استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده. قال وإذا
استعار أرضا ليبني فيها أو ليغرس جاز، وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس، أما
الرجوع فلما بينا، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة. وإذا صح الرجوع
بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها. ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه
لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد، وإن كان
وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد، وضمن
المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له، والظاهر هو الوفاء بالعهد
فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه، كذا ذكره القدوري في المختصر. وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله
أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا
يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه. قالوا إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب
الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع، والترجيح بالأصل. ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ
منه حتى يحصد الزرع، وقت أو لم يوقت، لأن له نهاية معلومة، وفي الترك مراعاة الحقين
بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك. قال وأجرة رد العارية
على المستعير لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجر مؤنة الرد فيكون عليه. وأجرة
رد العين المستأجرة على المؤاجر لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد، فإن
منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده. وأجرة رد العين المغصوبة على
الغاصب لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه.
قال وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن، وهذا استحسان، وفي القياس
يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها. وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد
العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط.
قال وإن استعار عبدا فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا، ولو رد المغصوب أو
الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى
المالك دون غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال لأنه لو ارتضاه
لما أودعها إياه، بخلاف العواري لأن فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا

الا للعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن
والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في
الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لان المالك يرضى به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم
على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا
وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله
بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة
لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا
يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدابة
وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء
ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

قال الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح
بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد وهو ينعقد بالايجاب والقبول
والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع
وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي
الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام
المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت
الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية
فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق
لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي
لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة
القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب
منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة
الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني يستعمل فيه

قال عليه

قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال اعطاك الله تعالى ووهبك
الله تعالى بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك و
اعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف
الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية
لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام
فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته بعد موته وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا
واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس
ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك
قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية
كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم
في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى
او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي
هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه
تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة
وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع
قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان
القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب
ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه
التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهاياة
تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا
البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان
فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض
القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه
لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا
فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة

او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب
معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا
فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع
الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها
بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه لان
القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه قال واذا
وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة
ولا فرق بينهما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او
مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة
وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله قال
وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى
ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه
جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب قال وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها
الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل
وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر
ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه قال وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز ومعناه
اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد
الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف
الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح
لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من
واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين
لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع
كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم
فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه

حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا
فلا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن قال وفي الجامع الصغير
اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين
او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية
ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل
سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض
ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة
يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على
غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان
فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض
يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من
رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي
فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا
الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف
هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض
للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي
استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب
فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهية فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد
في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها
لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم
الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان
بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات
الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له

لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه قال فإن وهب لآخر أرضا
بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة
فيها فليس له أن يرجع في شيء منها لأن هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك
زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد يكون
الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وإن
باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع شيئا منها
له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها فكذا في النصف بالطريق الأولى قال
وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي
رحم محرم منه فلا رجوع فيها ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذا ما وهب أحد
الزوجين للآخر لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا المقصود
وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع
قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها
فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وإن
عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط
الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له
ما يقابل نصفه وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر
يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق
ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم
فله أن يرده قال وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لأن
المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه بين العلماء
وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى
لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا
إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه
تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب
ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له

فيظهر

فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ
فافترقا قال وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على
الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة
سبب الرجوع لا في غيره قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل
بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار
الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء
لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه
إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة
من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد
تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن
اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه فصل قال ومن وهب جارية إلا
حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد
والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها
ثم وهبها جازت لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها
لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي
هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك قال فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على
أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب له دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد شيئا منها
أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت
فاسدة والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف
البيع لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات
دون التبرعات قال ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو
قال إذا أديت إلي النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل لأن الإبراء
تمليك من وجه إسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه إبراء وهذا لأن الدين مال من وجه ومن
هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ولهذا قلنا إنه يرتد

بالرد ولانه يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها
لا التمليكات فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده
لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط
لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة قال والرقبى باطلة عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى
ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت
فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل
واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا
في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق
على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان
المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما
تجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول
سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفق منه
على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب تصدق بمثل ما
انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

قال الاجارة عقد على المنافع
بعوض لان الاجارة في اللغة عبارة عن بيع المنافع والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة
وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناها لحاجة الناس اليها وقد شهدت
بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام
من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار
اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق
المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة قال ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة
معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن و
المثمن في البيع قال وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة
فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره

لانه

لانه عوض مالي قال والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين
للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر
المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت
المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة
كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه
كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او
يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر
المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون
عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير
المشترك وقد تكون على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير
المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع
معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معاني ثلثة
اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي
تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد
فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب
حدوث المنافع على ما بيناه والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي
في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق
التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله تسليم
عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به قال
فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة
للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر
وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها قال ومن استأجر
دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق
في العقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استأجر بعيرا الى مكة

وللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يجب الأجر
إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع
الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر
ساعة فساعة لتحقق المساواة إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به
فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل لأن العمل في البعض
غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا
قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا
من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن تمام العمل بالإخراج فلو احترق
أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله
فله الأجر لأنه صار مسلما إليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية قال المصنف
وهذا عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه
فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الأجر قال ومن استأجر طباخا
ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استأجر رجلا ليضرب له لبنا
استحق الأجرة إذا أقامها عند أبي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجها لأن التشريج من تمام عمله
إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر
فيما لم ينص عليه ولأبي حنيفة أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه
ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر وبخلاف
الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج قال وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله
أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء
البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة لأنه غير متعد في الحبس فبقي أمانة
كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وإن شاء معمولا وله الأجر و
سنبين من بعد إن شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال
والملاح لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب
نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف

الهلاك

الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال
زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس
ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث إنه تسليم فلا يسقط حق
الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له
أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن
أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة
بغيره بمنزلة إيفاء الدين

فصل قال ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة ويجيء
بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه
فيستحق العوض بقدره ومراده إذا كانوا معلومين ومن استأجر رجلا ليذهب بكتابه إلى فلان
بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن
الأجر مقابل به لا بحمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه
نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به
وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وإن ترك الكتاب
في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع لأن الحمل لم ينتقض وإن استأجره
ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا لأنه نقض
تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه
هناك قطع المسافة على ما مر

[illegible]

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال
ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها لأن العمل المتعارف
فيها السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد وله أن يعمل كل شيء للإطلاق إلا أنه
لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد
بما وراءها دلالة ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنه منفعة مقصودة معهودة فيها قال
وللمستأجر الشرب والطريق لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق
العقد بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والأرض
السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع قال ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها

لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة
او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة
قال ويجوز ان يستأجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد
بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة لانه
لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت وفي الزرع بقل حيث
يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال
الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فهذا برضاء صاحب الغرس
والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون
البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت
الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز
استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له
ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب
غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه
وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس
في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره
فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان
يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف
باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم
التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة
مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير و
السمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو
اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا فيه قال وان استأجرها على ان يحمل عليها
قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد
يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره قال وان استأجرها ليركبها فاردف معه
رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف

ويخف عليها

ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته
بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات قال وان استأجرها ليحمل عليها
مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه
وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة
فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة قال وان كبح الدابة
بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا
لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة
كالمرور في الطريق قال وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها
الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تأويل هذه المسألة اذا استأجرها
ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى
اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق
وقيل يجري على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ
بعد العود الى الوفاق فيحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به
تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا
اصح قال ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه
اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في
الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته
فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو
والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض
بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من جنس السرج
لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا
حمل الحديد وقد شرط الحنطة قال وان استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره
يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لانه

عنده فكذلك التعيب غير معتبر. أي إذا كان يتفاوت لصحة التقييد فإنه تعيين مفيد إلا أن الظاهر
عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يتقيد وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك
ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفا وإن بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة قال
وإن حمله في البحر فيما يسلكه الناس في البر ضمن لتفاوت بين البر والبحر وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود
وارتفاع الخلاف معنى قال ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها
لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا
إلى شر فيضمن النقصان ولا أجر له لأنه غاصب فيها على ما قررناه قال ومن دفع إلى خياط
ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه
أجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لأنه يستعمل
استعمال القميص وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار
لأن القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه فإنه يشد وسطه فينتفع به انتفاع القميص
فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أي الجهتين شاء إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة
ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارة الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى ولو خاطه
سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والأصح أنه يخير للاتحاد في
أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فإنه يخير كذا هذا

باب الإجارة الفاسدة

قال الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لأنه
بمنزلته ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به
المسمى وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان ولنا أن المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس إليها فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد
تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا
الزيادة وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لأن العين متقومة
في نفسها وهو الموجب الأصلي فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا قال ومن استأجر دارا كل شهر
بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمي جملة الشهور معلومة لأن
الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان
الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد

الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لأن المدة صارت معلومة قال فإن سكن ساعة من الشهر الثاني
صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد بتراضيهما
بالسكنى في الشهر الثاني إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ وظاهر
الرواية أنه يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر ويومها لأن في اعتبار الأول
بعض الحرج قال وإن استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يسم قسط كل شهر من
الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين
قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى يعني إذا أضاف ابتداء الإجارة إلى زمان معين صح كما لو وقت
وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء
فأشبه اليمين بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له ثم إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة
كلها بالأهلة لأنها هي الأصل وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة وهو رواية عن
أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة لأن الأيام يصار إليها
ضرورة والضرورة في الأول منها وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر
السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام أما الحمام فلتعارف
الناس فلم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما
الحجام فلما روي أنه عليه السلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم
فيقع جائزا قال ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الإناث لقوله عليه السلام
إن من السحت عسب التيس والمراد أخذ الأجر عليه قال ولا يجوز الاستئجار على الأذان والحج وكذا الإمامة
وتعليم القرآن والفقه والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح
في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرءوا القرآن
ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ
على الأذان أجرا ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر
من غيره كما في الصوم والصلاة ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون
ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وعلى هذا تعليم الفقه على رواية القدوري وبعض مشايخنا
استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ
القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لأنه استئجار على المعصية

والمعصية لا يستحق قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة
المشاع جائزة وصورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك
لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما
اذا آجر من شريكه او من رجلين فصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز
وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي
يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق
حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط
الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع
والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ
لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم
يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز استيجار الظئر باجرة
معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد
رسول الله عليه السلام وقبله فاقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي
والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع
على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه
لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب
لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت
الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز
وغيره لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة قال وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف
جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل
الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا
لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه

انما

انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر
ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ
الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل
حقه قال فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل
يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل
عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب
الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن
والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة قال وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها
لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر
لهذا المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله
وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج
من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن حنطة
بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه
ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو
قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر
لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما قال ومن استاجر رجلا ليحمل له طعاما
مشتركا بينهما فلا اجر له لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه
قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه
رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند
محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم
اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه
عملا ويجعل ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه
ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة انه
يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم
وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز

لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان كل واحد مستحقًا وكل شرط
هذه صفته من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد * قال فإن شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها
أو يسرقنها فهو فاسد لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد
وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤاجر الأرض يصير مستأجرًا منافع
الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه * وقيل المراد بالتثنية
أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده * وقيل أن يكربها مرتين في موضع تخرج الأرض الريع
بالكراب مرة والمدة سنة واحدة * وإن كانت ثلث سنين لا يبقى منفعته وليس المراد
بكري الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه يبقى منفعته في العام القابل
قال وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا
إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الأعيان
حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير دينًا بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم
النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وإلى هذا أشار محمد ولأن الإجارة جوزت
بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة
قال وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه
فحمل الطعام كله فلا أجر له * وقال الشافعي له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعًا جائز
وصار كما إذا استأجر دارًا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدًا مشتركًا
ليخيط له الثياب * ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في
الشائع بخلاف البيع لأنه تصرف حكمي وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ولأنه
ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملًا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة
لأن المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لأن
المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع قال ومن استأجر
أرضًا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة لأن الأرض تستأجر للزراعة
ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلومًا
قال فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأنه وقع
فاسدًا فلا ينقلب جائزًا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزًا كما إذا

ارتفعت في حالة العقد * وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة
قال ومن استأجر حمارًا إلى بغداد بدرهم فلم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض
الطريق فلا ضمان عليه لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة
فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانًا على ما ذكرنا في المسألة الأولى قال وإن اختصما قبل أن
يحمل عليه وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعًا للفساد إذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الأجير قال الأجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من
لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له
أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركًا قال والمتاع أمانة
في يده إن هلك لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق
الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك
ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل إلا به فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب
والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه
كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته * ولأبي حنيفة أن العين أمانة
في يده لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونًا
لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعًا لا مقصودًا ولهذا لا يقابله الأجر بخلاف
المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودًا حتى يقابله الأجر قال وما تلف بعمله كتخريق
الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة
من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقًا فينتظمه
بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار * ولنا أن الداخل تحت الإذن
ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه
حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونًا فيه بخلاف المعين لأنه متبرع
فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده * و
بخلاف أجير الوحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى * وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه
قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده
لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة و

ضمان العقود لتجهيله العاقبة قال وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر
فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر
وأعطاه أجره بحسابه أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه
وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا
الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى
أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى وفي الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلا
قال وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من
ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه
فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية
لأنه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك
دق الثوب ونحوه مما قدمنا لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد
قال والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو
لرعي الغنم وإنما سمي أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له
والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل قال ولا ضمان على الأجير
الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه
قبض بإذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما
لصيانة أموال الناس والأجير الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس
وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير
نائبا منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة على أحد الشرطين

قال وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وإن خطته
روميا فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به وكذا إذا قال للصباغ
إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا إذا خيره بين شيئين
بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة وكذا إذا خيره بين
مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا وكذا
إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع

دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر
إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد
فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار قال ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم
وإن خطته غدا فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة
ولا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم
وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد
وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد
للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق
فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين
ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد
لاجتماع الوقت والعمل وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب
المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني
وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى لا تنعدم
في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فإن خاطه في اليوم
الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير
إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى قال ولو قال إن سكنت في هذا الدكان
عطارا فبدرهم وإن سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه
عند أبي حنيفة وقالا الإجارة فاسدة وكذا إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه
فبدرهم وإن سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز ومن استأجر
دابة إلى الحيرة فبدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف
وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها
كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة وقالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود عليه
مجهول وكذا الأجر أحد شيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف خياطة الفارسي
والرومي لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر
بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة أنه خيره

بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه
بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في
اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد
التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

قال ومن استأجر
عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على
زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كما في اسكان
الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة
في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب قال ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجرة
فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر والاصل ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من
العمل وفي القياس لا تجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد
وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك
العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه قال ومن غصب
عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو
ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب
باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه
فكيف يحرز ما في يده قال وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض
العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر قال ومن استأجر
عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان
الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة فينصرف
الثاني الى ما يلي الاول ضرورة قال ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر
ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال أبق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك
الا قبل ان تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر
لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح
حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال
اذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا او
قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني
اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان
القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط
ضامن ومعناه ما قدمنا من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا
يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب
وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه
ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين
جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر
فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر
والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة
الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا
يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان
هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة
فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤاجر ما ازال به العيب فلا خيار
للمستأجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء
عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض
فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد
لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد رحمه الله
ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه
يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من
المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي
العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى
الوارث وذلك لا يجوز قال وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف

لانعدام ما ذكرنا من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر
لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان له الخيار لفوات بعضه ولو كان للمواجر لا يمكنه التسليم
ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس
فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في
الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل
ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم
المواجر بعد مضي المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الا
بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا
ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في
البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد
لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به
فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة
لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد قال وكذا من استاجر دكانا في السوق
ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر
على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب
العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر
ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات
في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا
يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه انه بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر
فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق
فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى
القضاء لظهور العذر قال ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى
على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة
فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه
او اجيره ولو مرض المواجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى

عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار قال ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر
لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال واذا
استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد لفوت مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط
باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه قال وان اراد ترك الخياطة
وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية ويعمل في الصرف
في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر
حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان
فامكنهما قال ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام
ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد
فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما قلنا انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر
لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر
فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر مسائل منثورة قال
ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان
عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت
الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر
في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو
جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم
بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة
جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود الراكب وهو معلوم والمحمل تابع له وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف
الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل
فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا
من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في
جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد

عند البعض كره والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب المكاتب

قال وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء وإنما هو أمر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه أما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فإن كان يضرهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتباراً بالبيع قال ويجوز أن يشترط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجماً وقال الشافعي لا يجوز حالاً ولا بد من التنجيم لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتاً وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها إلي نجوماً أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة ولو قال إذا أديت إلي ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتباً اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة قال وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

أما الخروج

أما الخروج عن يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فإن أعتقه عتق بعتقه لأنه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق به وقد حصل دونه قال وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان قال وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية لما بينا وإن أتلف مالاً لها غرم لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابه ونفسه إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدراً وجنساً ووصفاً فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة قال فإن أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه لأن البدل هو القيمة وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليس بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه قال وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب بالغة ما بلغت وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل ويمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه

على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناسه فلا يثبت
العتق بدون إرادته. قال وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لأنه لا يقدر على تسليمه
ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لأنها
لا تتعين بالتعيين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز. وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه
يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق وإن عجز يرد في الرق لأن المسمى مال والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة
إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح
ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى. ولو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند
الإجازة فالكتابة أولى. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب وفي الجامع
أنه لا يفيد ملك المكاتب فيما هو المقصود ولأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل
عينا معينا والمسألة فيه على ما بيناه. وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك المالك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة
يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا. ولو ملك
المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق وعنه في رواية لم ينعقد العقد إلا
إذا قال إذا أديت إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف. وعنه أنه يعتق قال ذلك
أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط. ولو كاتبه على عين في يد المكاتب
ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان وقد عرف ذلك في الأصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في
كفاية المنتهى. قال وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند
أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط ف
يبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بالباقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف
إلى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود. ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير
وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى. قال وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة
جائزة ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح. أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا
فتتفاحش الجهالة. وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر
جهالة البدل بجهالة الأجل فيه. وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع. ولنا أنه
معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح والجامع أنه يبتني على المسامحة

بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة. قال وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه إذا
كان مقدارا معلوما والعبد كافر لأنه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا. وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر
لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل
فيجب عليه قيمته. وعند الخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله
البعض لأن القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول
فجاز أن يبقى العقد على القيمة. أما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا. قال وإذا قبضها عتق
لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد
وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس
من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل. باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك
بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع
والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة
ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى.
قال فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا لأن هذا الشرط مخالف
لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فيبطل الشرط وصح
العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لأن الكتابة
تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط
خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل أو نقول الكتابة
في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط المال وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا في حق هذا
الشرط والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة. قال ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة
فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليه ويجوز
بإذن المولى لأن الملك له. ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير لأن الهبة والصدقة
تبرع وهو غير مالك ليملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بدا من ضيافة
أو إعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه. قال
ولا يتكفل لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا

[هامش:] وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير لم يجز

لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح
لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد
قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق و
المكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج
الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل
والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له
بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول
فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة العتق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر
العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني
بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له
قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من
الاكتساب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس
وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص العبد وتعييب له
وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر
قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب
ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال واما المأذون له
فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا
الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب و
اعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب
يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة
اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل

قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من
اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق
يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم لا ولاد له لم يدخل في الكتابة عند ابي حنيفة

وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق
الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على
الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي لغيرها حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه
قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة
وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر
فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة و
لم يجز بيعها معناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما
امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن
معها ولدها فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة وله ان القياس
ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد
لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه قال وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما
ذكرنا في المشترى وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة
فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع
ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده
ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح
ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت
انها حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك
العبد ياذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة
لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها
الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع
الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهذا ليس في معناه
لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى
على الاصل ولا يلحق به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم
استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق

وكذلك المأذون له. ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة
وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد و
لما لم يسقط الحد لا يجب العقر، اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء
فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة. قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها
اخذ بالعقر في المكاتبة، وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة
يقع صحيحا وتارة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا
في حق المولى. فصل قال واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت
مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد لانه تلقتها جهتا حرية
عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما، ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان
المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة. واذا مضت
على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا. ثم
ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا
يؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية
على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع
وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك
عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد وهو ولدها فيتبعها. قال واذا كاتب المولى
ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي
بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد ولتحقق عتقها بموت
السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت
قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة
غير انه يسلم لها الاولاد والاكتساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت
في حق الاكتساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه. ولو ادت المكاتبة
قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية. قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من
الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له
عنها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة

وقال ابو يوسف

وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما. وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة.
فالخلاف في الخيار والمقدار، وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار. اما الخيار
ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل
بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير، وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد
المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير، واما المقدار فلمحمد انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها
الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث
يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة، ولهما ان جميع
البدل مقابل بثلثي قيمتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه
مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم
المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع
الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذلك ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة على التدبير وهي
المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا. قال وان دبر مكاتبته
صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى و
لا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وقالا
تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا. اما المقدار فمتفق عليه
ووجهه ما بيناه. قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة
لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب
المولى لكنه تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب
لانا نبقي الكتابة في حقه. قال وان كاتب عبده على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا
ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير. وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه
لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به
فاعتدلا فلا يكون ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه
فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه

شبهة قال وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات ولا
مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالاً والباقي إلى أجله أو يرد رقيقاً
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزيادة
بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز
لأن له أن يطلقها بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال
وحق الورثة يتعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع
بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق بالبدل
ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة
فعندهما يقال للمشتري أدّ ثلثي جميع الثمن حالاً والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع و
عنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وإن كاتبه على ألف
إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة أو يرد رقيقاً في قولهم جميعاً
لأن المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والله تعالى أعلم

باب من يكاتب عن العبد

قال وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه
عتق وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد
كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا
يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته
وقبوله إجازة ولو لم يقل على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لأنه
لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب
في تعليق العتق بأداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الأداء على العبد وقيل
هذه هي صورة مسألة الكتاب ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لأنه متبرع قال وإذا كاتب
العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا ومعنى المسألة أن
يقول العبد كاتبني على ألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة
استحساناً وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم
الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً
والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها

في كتابتها

في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه
ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب
من البدل شيء لأنه تبع فيه قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلأن البدل عليه و
أما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين
يجبر المرتهن على قبوله لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه
لأن الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب
بشيء لما بينا فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة
للشاهد لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره
بغير أمره فبلغه فأجاز لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال وإذا كاتبت الأمة عن
نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على
القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة
الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال وإذا كان العبد
بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما
أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية
من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له
إذا لم يأذن وإذنه بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعاً بنصيبه عليه فلهذا
كان كل المقبوض له وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو
أصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم
وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول لأنه لما ادعى أحدهما الولد
صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك
إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير
صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن
الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها

لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد وله نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن لشريكه
كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا
وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر
وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها
وابدالها ولو عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان
امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ
فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب
لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالآخر وطئ
ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون الولد حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة
ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له
قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب ولا يتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق
سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتب بسقوطه والمكاتبة
هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى
لظهور اختصاصه لما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة
لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد
يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردده بينهما يجب اقلهما قال واذا كان
الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر
لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت
الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر
قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه
نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو
تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا و

ووجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتق احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه
نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت
وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات
وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن
المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره في ان يجعل نصيب غير المعتق
كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل
فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان
اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر
وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء
اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق و
هذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن
يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه
فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده
ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء ايضا
كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف
بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه
والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه
لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان
اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي
خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره
احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن
نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن
نصف قيمته قنا لانه صادف التدبير وهو قن واذا اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل
لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته
ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار

والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب
عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه
اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم
للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى
على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله و
حالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان
ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن نجمين وهذا لان
مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف
اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي
عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل
بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر
فالعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء
او الرضى كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ
الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه
او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي
ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته و
يعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي
تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه
ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان
يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم
المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت
في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد
العاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد
لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت

انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما
قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات
قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا
ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه
فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما
ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا
بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف
ساير اكسابه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من
دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود
في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه قال فان
اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه
في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه
مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد
فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة و
ترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز
المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب
العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون
تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا
اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت
مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء
الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب
من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى
عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا
هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل
الملك فلا يطيب ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له

عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب عند محمد ظاهر لأنه بالعجز عنده يتبدل الملك
وكذا عند أبي يوسف وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لأنه لا خبث في نفس الصدقة
وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي
لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى
وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب
له ما بقي من الصدقة في يده قال وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه
يدفع أو يفدى لأن هذا موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة حتى
يصير مختاراً للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع فإذا زال عاد الحكم الأصلي وكذلك إذا جنى المكاتب
ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وإن قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه
لانتقال الحق من الرقبة إلى القيمة بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف إليه وكان
يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت
الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولهما أن المانع قابل
للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضاء وصار كالعبد المبيع إذا
أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير و
الاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال قال وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي
إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له أد المال إلى ورثة المولى
على نجومه لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير
إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه و
هذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وإن أعتقوه جميعاً
عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث
وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة
لا يصير إبراء عن نصيبه لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه والإعتاق لا يثبت
بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية
الورثة

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة
وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء
الموالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف إلى السبب والمعنى
فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء
بنوعيه فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا
يؤكدون الموالاة بالحلف قال وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء
لمن أعتق ولأن التناصر به فيعقل عنه وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد
ولأن الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا وماتت معتق لابنة حمزة رضي الله عنها
عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الإعتاق بمال
وبغير مال لإطلاق ما روينا قال فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لأن
الشرط مخالف للنص فلا يصح قال وإذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وإن عتق بعد موت
المولى لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى
بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته لأن فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه قال وإن
مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لأنه أعتقهم بالتدبير
والاستيلاد قال ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود
السبب وهو العتق عليه قال وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي
حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً لأنه عتق على
معتق الأم مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصوداً فلا ينتقل ولاؤه عن معتقه
لما روينا وكذا إذا ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق
أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر لأنهما توأمان يتعلقان معاً وهذا بخلاف ما
إذا والت رجلاً وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين
غير قابل لهذا الولاء مقصوداً لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فإن ولدت
بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاؤه لمولى الأم لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها
بعد العتق فيتبعها في الولاء ولم يتيقن قيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً فإن
أعتق العبد جر الأب ولاء ابنه وانتقل عن مولى الأم إلى مولى الأب لأن العتق ههنا في الولد ثبت
تبعاً بخلاف الأول وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب إلى الآباء فكذا الولاء والنسبة إلى مولى الأم

كانت لعدم أهلية الأب ضرورة فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بمنزلة ولد الملاعنة
ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت
المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق
حيث يكون الولد مولى لموالي الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد
الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك
فاستند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا
وفي الجامع الصغير وإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم
على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعا لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي فألحقوا بموالي
الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى
نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوا كان الولاء
ثابتا لهم وإنما يثبت للأب مقصودا لأن سببه مقصود وهو العتق بخلاف
ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لأن
النسب هناك يثبت مستندا إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك
فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها
لمواليها عند أبي حنيفة قال رضي الله عنه وهو قول محمد أيضا وقال أبو يوسف
حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا بخلاف ما إذا كان الأب عبدا
لأنه هالك معنى ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه
والنسب في حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب
والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربيا لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم
الكفاءة والعقل لما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة
والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم
النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهم وقال أبو يوسف موالي
أبيهم لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالي و
العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في
مقابلة القوي ولو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه

بالنسب

بالنسب أو لأن النصرة به أكثر وولاء العتاقة تعصيب وهو أقوى بالميراث من العصبة إليه لقوله عليه السلام
للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك
وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنه على سبيل العصوبة
مع قيام وارث وإذا كان عصبة يقدم على ذوي الأرحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه قال فإن كان
للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق لأن المعتق آخر العصبات وهذا لأن قوله عليه السلام ولم يترك وارثا
قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الأرحام قال فإن
لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا
كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة على ما روينا وهذا لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة
وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي قال فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني
المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب
من كاتبن وبهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره أو جر ولاء معتقهن و
صورة الجر قدمناها ولأن ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء إليها و
ينسب إليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش إنما هو
الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب
فالأقرب لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء
للابن عند أبي حنيفة ومحمد لأنه أقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة لأنه أقرب
في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا إلا أن عقل جناية
المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها قال ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر
معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لأن الولاء للكبر وهو المروي عن جماعة
من الصحابة رضوان الله عليهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي أقرب

فصل في ولاء الموالاة

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه
أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى
وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا
تصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وإنما تصح في الثلث ولنا
قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله عليه السلام

عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو احق الناس بمحياه ومماته وهذا يشير الى العقل
والارث في الحالين جميعاً ولأن ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال
ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او
خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث
ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه
ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه
بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم
اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً بخلاف ما اذا عقد
الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه
لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله
كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول
لانهما في حق الولاء كشخص واحد وليس لمولى العتاقة ان يوالي احداً لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به
سلطاناً كان او لصاً لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء الاهلية وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون
من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه
لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان
واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك
بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولاً على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع ماله
او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد
او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان
من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء
يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به
بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به

لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه
يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا وعند زفر
لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد
الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافاً الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي
فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه
تصرفاً لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع
المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته
الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع
وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء
فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً
يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله
رهناً لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه
بيعاً جائزاً مفيداً بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن
طوعاً فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعاً بان كان
الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون باطلاً لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك
في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال
فان قبضه مكرهاً فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائماً في يده لفساد العقد قال وان
هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون
عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه
دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع
على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته
العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف
ما اذا اجاز المالك المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع
فعاد الكل الى الجواز

فصل

قال وان اكره على اكل الميتة او شرب الخمر فاكره على ذلك بحبس

او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير
لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها
ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه
يباح له ذلك قال ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم
لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف
انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة
بالنص وهو تكلم بالحل بعد الشبب والتحريم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة
في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام
او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله بقيد او ضرب او حبس
لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء
ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف ذلك
وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه
لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت
قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه
مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق
وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان
مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام
سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز
الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف
على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة
كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره
فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل قال وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان
يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما
فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند

ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب
عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه
على اتلاف المال لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في
جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة
عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم
واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على
القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح
آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق
وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى
يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امرأته او على عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه
عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له
من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان
السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على
العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن
في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة
من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه
اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق
والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه
الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها
وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه
باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على
الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة
الا ان يكرهه السلطان وقالا لا يلزمه الحد قال وان اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة
تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت

البينونة بالشك فلو قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن
بالإيمان فالقول قوله استحسانا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع
الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما
لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه
وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل
لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض
ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع
ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه
مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب
وسب محمد عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام
وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد
قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي

كتاب الحجر

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة
الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن
سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن
الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق
الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه
بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي يترقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع
من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه
مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون
نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقل البيع ليوجد ركن العقد فينعقد
موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة
وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع
وأما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي
وهاهنا لم يجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر
في الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال لأن

اعتبارها

اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي
والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما لقوله عليه السلام
كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه والإعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على
المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه
حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وإن
أتلفا شيئا لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه وهذا لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف
على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف
القولية على ما بينا قال فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق
مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف
ماله قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام
المانع وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه
بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق
ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه
فينفذ والله أعلم

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يحجر على الحر العاقل
البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له
فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف
في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي
بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد
بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده ولأبي حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد
وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل
الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن
والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه إذ هو دفع الأعلى بالأدنى ولا يصح القياس على منع المال
لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع
بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات

والتصرفات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره و
اطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه
ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل
النقض بعد ذلك قال ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا و
عشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان
لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع
السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب
بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان
المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال
ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع به
على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر قال فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا
لفائدة الحجر عليه قال وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف
للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع
قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر
لنظره فلا بد من نظر القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة
الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها قال وان اعتق عبدا نفذ عتقه
عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر
وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع
الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل
فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من
تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قال واذا صح عندهما
كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده
برد قيمته كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه
والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب

حق العتق

حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه
الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته
بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله
فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها
وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول
لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امراة
جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها
لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح
الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية
صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال ويخرج الزكاة
من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي
الارحام لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته و
السفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد
من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفها في غير وجهها وفي النفقة
يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او
ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا
الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة
الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه قال ولا يسلم القاضي النفقة
اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد
عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة
من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع
من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور
او بقرة قال فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان النظر
فيها اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات
اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي

والقاري فيه سواء. وقال الشافعي يحجر عليه نظرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده. ولنا قوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا وقد آنس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة وقالا إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة. أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة للبلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين. وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة. وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه فيبتنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة. قال وإذا راهق الغلام والجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض.

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص. فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص. قال ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه. وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه

إنما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم. ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه. قال وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة. قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا. قال وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه. قال وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا. وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترقا. ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لأن به كفاية وقيل دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس. قال فإن أقر في حالة الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له. ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر. قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء. قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله

لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن
اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء
دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين
فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه
من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا
اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس
عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة لا يتحقق القضاء بالافلاس
لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا
لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على
بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف
والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره
لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة
ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه
من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها
لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده
متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي
على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق
الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم
ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ
باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة
هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين
حكم الدين

كتاب المأذون

قال الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط
الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف

بلسان ناطق وعقل مميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين
برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بالعهدة
على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه
لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري
فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ما اذا باع عينا مملوكا للمولى او لغيره
باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيعاقده فيتضرر به لو
لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده
في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسألة ان يقول له اذنت لك
في التجارة ولا يقيده وهو وجه لان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع
الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا
بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر
من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر
وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين
وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان
الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر وله ان يسلم
ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن
لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء
والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري
طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك
شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا
خلافا للشافعي هو يقول انه لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه
رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه
يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل المقصود وهو الربح فيملكه قال
فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون
مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن

لو كيل وانا به من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد
ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على
ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه
يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان
له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في
شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام
رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي
الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب
او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع
قال واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة
اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن
اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب
من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج
مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن
يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي
الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي
مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه
لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة
سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع
محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك
متبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال
الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة
استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو
من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه
على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوا قبل الشهر

يتضرر به

يتضرر به المولى قال ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه
لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه
من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب
لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار وكذلك المحاباة في الاجارة
لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال
وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع
كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له
وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين
الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب
في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته
استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول
المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب
في الاستيفاء ابقاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله
في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة
والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة
بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم
بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين
في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري
ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان
المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من
يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه
يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها
وتقدم حقهم قال فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس
بتأخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط

علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه
جاز وإن بايعه الذي علم بحجره. ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر
شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من
الرسل عليهم السلام. ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل وهذا
لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به. وإنما يشترط
الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعا أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه
لا ضرر به. قال ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه
لأن الإذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء وهذا هو الأصل
فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لأنه
موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته. قال وإذا أبق العبد صار محجورا عليه. وقال الشافعي
يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب
ولنا أن الإباق حجر دلالة لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف
ابتداء الإذن لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لأن الانتزاع
من يد الغاصب متيسر. قال وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر
هو يعتبر البقاء بالابتداء. ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عليها عادة
بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة. ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق
حق الغرماء به إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم. قال وإن استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها
فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا
منافاة بين حكميهما أيضا. والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد. قال وإذا حجر على المأذون له
فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة. ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه
أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده. وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز إقراره. لهما أن المصحح لإقراره إن كان
هو الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ
المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح إقراره في حق
الرقبة بعد الحجر. وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح إقرار المأذون له فيما أخذه المولى
من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل

تحققها

310

تحققها بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما
فلا تبطل بإقراره. وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه وهذا
بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم
الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع. قال وإذا لزمته ديون تحيط بماله و
رقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة وقالا
يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا
يملك إعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لأنه يثبت
الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته أما ملك المولى ما ثبت
نظرا للعبد. وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه والمحيط بالدين مشغول بها فلا يخلفه فيه. وإذا عرف
ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته. وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به
قال وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا. أما عندهما فظاهر وكذا عنده
لأنه لا يعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود
من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه. قال وإن باع من المولى شيئا بمثل
قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين وإن باعه بنقصان لم يجز لأنه متهم في حقه
بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما إذا باع المريض من
الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم
الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا. وقال أبو يوسف ومحمد إن باعه
بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة وإن شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من
المحاباة والفاحش سواء. ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع
الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة
والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين
فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة وغير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبخلاف ما إذا
باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة
المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن في البيع

مع الأجنبي وهو أذن بمباشرته بشرط إزالة المحاباة لحق الغرماء وعند إن الفرقان على أصلهما

قال وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين

على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى

من أخذ الثمن بعد ما لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فإن سلم المبيع إليه

قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في

الدين ولا يستوجب المولى على عبده ديناً بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين وجاز أن يبقى

حقه متعلقاً بالعين قال فإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لأن البائع له حق

الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان

متعلقاً بالعين ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع كما بينا في

جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال وإذا أعتق المولى العبد المأذون له وعليه

ديون فعتقه جائز لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلف ما تعلق به

حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد الحرية لأن الدين

في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما كان وإن كان أقل من

قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما

وقد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى

متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً قال فإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه

فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاءوا ضمنوا المشتري لأن العبد تعلق به

حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم

والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا

الثمن لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون فإن ضمنوا البائع

قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لأن سبب

الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب

كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل فأعلمه بالدين

فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما

فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه

قالوا

قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم

إليهم قال فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه إذا أنكر الدين وهذا

عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف

إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما

خلافاً له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لأبي يوسف رحمه الله أنه يدعي الملك لنفسه فيكون

خصماً لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ

قضاء على الغائب قال ومن قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء

من التجارة لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه جائز إذ الظاهر

أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على

الناس قال إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق

المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه فإن حضر فقال هو مأذون له بيع العبد

في الدين لأنه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول له لأنه متمسك بالأصل

فصل قال وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد

المأذون إذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ لأن حجره

لصباه فيبقى ببقائه ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون والياً

للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولي وكذا الوصية

على أصله فتتحقق الضرورة إلى تنفيذه منه أما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة

ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف

تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظراً إلى إذن الولي

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف

الطلاق والعتاق لأنه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة

يؤهل له قبل الإذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلاً له بعد الإذن

لا قبله لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف

في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف

صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح

والتشبيه بالعبد المأذون يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لأن الإذن
فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً فلا يتقيد بنوع دون نوع
ويصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد ويصح إقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر
الرواية كما يصح إقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي
يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والوصي والجد دون غيرهم على ما
بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

قال الغصب في اللغة أخذ الشيء
من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك
على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط ثم إن كان مع العلم
فحكمه المأثم والمغرم وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع
قال ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله
ولا تفاوت بينهما وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال فإن لم يقدر على مثله
فعليه قيمته يوم يختصمون عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لأبي يوسف أنه
لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب ولمحمد أن الواجب هو المثل في الذمة
وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولأبي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع
ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك وإنما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف
ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم
غصبه معناه العدديات المتفاوتة لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاً للضرر
بقدر الإمكان أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير
القيمة لأنه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائماً لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت
حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فإن أخذه فليرده عليه
ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة
مخلص خلفاً لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي هو القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك
في بعض الأحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن قال فإن ادعى هلاكها
حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها لأن الواجب رد العين والهلاك

بعارض فهو يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس وعليه
ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله
وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره
لأن إزالة اليد بالنقل وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الأول وبه قال الشافعي لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته
زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان
وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما أن الغصب إثبات اليد
بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه
عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه
وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود
تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً لأنه إتلاف والعقار
يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيما قال إذا انهدمت الدار بسكناه
وعمله فلو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف
في الغصب هو الصحيح قال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس
ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق
وسنذكر الوجه من الجانبين قال وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه وفي
نسخ المختصر وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا
لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو
يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب قال وإن نقص في يده فعليه النقصان لأنه دخل
جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر إذا رد
في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد
أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه
ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا
قال ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال
رضي الله عنه وهذا عندهما أيضاً وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار

لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه . اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان
مستندا عندنا . ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله
التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك الثابت مستندا ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك
العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك
ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد
المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان
لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه يحتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب
مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال
ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها
بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل
ووجوبها في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن
التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة . اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله
في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها
يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد
بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان
بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة وان اشترى بالالف جارية
تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح
انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها
الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها
او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي
لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه
يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به
من الغرماء بعد موته . للشافعي ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح على

الحنطة

الحنطة والقتها في ارض غيره فنبتت ولا عذر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف
فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة ولم يطبخها ولم يشوها . ولنا انه
احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد
وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك
من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ
وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة وتتفرع عليه غيرها فاحفظه . وقوله ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدي
بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه
الفقيه ابو الليث وجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه
الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد
الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع
فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام
الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة
بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك
لوجود الرضاء منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها
غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف
ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما
وهو نظير ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها
عنها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث
صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح
رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى
ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره
وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه
لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب
قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه واخرنا فيه ان في ما ذهب اليه
اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة

فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته
ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر إنما لا ينقض إذا بنى حول الساجة أما إذا بنى على نفس الساجة
ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار
إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا إذا قطع يدهما
هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل و
الدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة
غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل
وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع
الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين
قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه وإن خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه
جميع قيمته لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب
عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه حيث إن العين باق
وكذا بعض المنافع قائم ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض
المنفعة واليسير ما يدخل فيه النقصان لأن محمدا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به
بعض المنافع قال ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر
مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما
إذا شغل ظرف غيره بطعامه فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له
قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته
مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه فتقوم الأرض بدون
الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما
قال ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه
قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ
والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقطع الصبغ بالقدر

المكن

الممكن اعتبارا ببعض الساجة لأن التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لأن التمييز متعذر
ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف
الساجة يبنى عليها لأن النقض له بعد النقض أما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما إذا انصبغ
بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ
قال أبو عصمة في أصل المسألة وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب
الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية
الجانبين في البيع وتثبت هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه
في السويق غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن
قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا
وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان
عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل إن كان
ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وإن كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان
ثوبا ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد أنه ينظر إلى ثوب
يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل قال ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي
لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل
قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد
ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه
لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك
لأنه أثبته بالحجة الملزمة قال فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة
أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به
رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء
أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة
وأخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونها في هذا الفصل الأخير
فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخي أنه لا خيار له لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط

ما يدعيه والخيار لفوت الرضا **قال** ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه
ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملك الغاصب ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق
الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب **قال** وولد المغصوبة
ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها
او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة
لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده
يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك
ما كانت ثابتة على هذه الزوائد حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ
الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب و
ذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن
من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة
والاشارة فلان يجب بما هو فوقهما وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى **قال** وما نقصت
الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط
ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه
كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف
شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب
الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا
فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم
نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد
الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ
لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد
خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من
المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة
سببها الفهم **قال** ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن

قيمتها

قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا
لان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يده اي يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب
كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه
وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها
لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك
فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية
فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل
القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد
وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم
لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا
ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما
اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع
اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها
في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان
لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان
لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة
في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله
مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين **فصل في غصب ما لا يتقوم** **قال** واذا اتلف
المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا
يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له
انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب
باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا و
الخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام
واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا
من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال

لأن المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين
لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لأنه مستثنى عن عقودهم وبخلاف
العبد المرتد يكون للذمي لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها
او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه
ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس
وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا
التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ
اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل
بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ
والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع
قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي
ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلأنه لما بقي على ملكه وهو مال متقوم
ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لأن الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملكه حتى
كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب
ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فاذا فوته
عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول
على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه
ثم في الرد عليه ولأن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه
ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل
وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه
لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي
والثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما
فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له
بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لأنه اذا تركه

عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على الاختلاف على ما بيناه ثم قيل
يضمنه قيمة جلده مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلده ذكيا
غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب
فلو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي
حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار
الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا
للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه
هاهنا ان يعطي مثل وزن الملح شيء من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل
وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد و
لو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه
لأنه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا
فهو بينهما على قدر كيلهما لأنه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك
وعند ابي حنيفة رحمه الله هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان
في الاستهلاك لأنه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا
ويضمن في الوجه الثاني لأنه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه
ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق
متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم
بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه
الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف
والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن
بالاتفاق من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب
اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق
عن ابي حنيفة روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل
تقومها كالخمر ولأنه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام

ولابي حنيفة رحمه الله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل
فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل الفاعل المختار فلا يوجب سقوط التقوم و
جواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم
بالسلاح الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة
الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا
وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان
لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر
على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة
ام الولد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق
ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

قال الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها
من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق
المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء
وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار
الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق
بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله
لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد
ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع
ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة
عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب
سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل
اولى لان الضرر في حقه بازعاج عن خطة الاباء اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق
ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع
فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة

في المبيع

في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح
يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق
والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم الخليط فالشفعة للشريك
في الطريق والشرب فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي
على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة
لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل
الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك
في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار
في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة
واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه والطريق الخاص
ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام
فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى
فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين ولو كان نهرا
صغيرا فاخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على
الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير
شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بيناه
قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال
الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح و
الغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق
الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا اية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة
العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرة ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره
لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين
في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان
البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي لحاضر بالجميع

ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص عن جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب ان يشهد اذا

اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم تسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قال الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب

الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فإن نكل أو قامت للشفيع
البينة ثبت ملكه في الدار التي بها يشفع وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا
فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال
فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره
فهذا على الحاصل والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وإنما يحلفه
على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف على البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة
وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه إحضار الثمن إلى مجلس القاضي
وهذا ظاهر رواية الأصل وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع
عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري ووجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه
قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط إحضاره وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى
يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء
الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وإن أحضر الشفيع البائع
والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري
فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك للمشتري واليد للبائع
والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع
لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهي أن
البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن
ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل
البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه
فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه
لأنه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية
المنتهى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد
فيتوجه عليه قال إلا أن يسلمها إلى الموكل لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لأن الوكيل
كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه إلا أنه مع ذلك قائم
مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا إذا كان البائع وكيلا لغائب فللشفيع أن يأخذها منه

إذا كانت

إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال وإذا قضي
للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وإن وجد بها عيبا فله أن يردها به وإن كان المشتري
شرط البراءة منه لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء منه ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه
الخيار كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاط
حقه

فصل في الاختلاف

قال وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع
يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأن الشفيع
إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ههنا
فلا يتحالفان ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف البينة بينة
المشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما أنه لا تنافي
فيجعل كأن الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى
بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل
لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وأنها ممنوعة على ما روي عن محمد وأما المشتري من العدو فقلنا
ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ
الأول أما ههنا بخلافه ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للإلزام قال
وإذا ادعى المشتري ثمنا كثيرا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذه الشفيع بما قال البائع وكان ذلك
حطا عن المشتري وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري
فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما قال إن شاء الله تعالى ولأن التملك على
البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله ولو ادعى
البائع الأكثر يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذ الشفيع بذلك
وإن حلفا فسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب
بطلان حق الشفيع قال وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول
البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف
بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف
وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد
ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت

الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج عن البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع
وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع
لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه
بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى
وان زاد المشتري البائع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه
الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن
الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى
دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها
بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه
فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ
الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن
مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها
في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن
كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت
بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق
الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له
لتبعه فيكون حقا للبائع في الثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت
الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل
ثم ان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل
باخذ الشفعة فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار
له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي
الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو
متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي

دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم
وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان
شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم
فالتحق بغير المثلي فان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر
اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل
فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس
مقلوعا وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة
البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق
في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري
شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى
الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير
تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري
لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والمشتري شراء فاسدا
عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد
البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا
لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وانما ياخذه بالقيمة مقلوعا كما بيناه
في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه
بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه
وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور
ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه
مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر
فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف
ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك

لان له أن يمتنع عن تملك الدار بحاله قال وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع إن شئت
فخذ العرصة بحصتها وإن شئت فدع لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابله شيء
من الثمن بخلاف الأول لأن الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع أن يأخذ النقض
لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها
ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس
لا يأخذه لأنه ليس بتبع ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان
أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع
قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع
تبعا لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيعة قال فإن جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ
الثمر في الفصلين جميعا لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه
قال وفي الكتاب فإن جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الأول
لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن
لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

فصل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم وقال
الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم
ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربع إلى غير ذلك من العمومات ولأن الشفعة سببها
الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وأنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام
والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة إلا في ربع أو حائط
وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في
المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل
إذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل لأنه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق
بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار
قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا
يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا وإذا
ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري

صورة أو قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها
دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بينا وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع
وعند الشافعي تجب الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا
أو ما يضاهيه لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد
الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم
مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها
الدار مهرا لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى
لأنه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند
أبي حنيفة وقالا تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد
بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع ولأن الشفعة شرعت
في المبادلة المالية المقصودة حتى أن المضارب إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة
الربح لكونه تابعا فيه قال أو يصالح عليها بإنكار فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه
هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها لأنه إذا صالح عنها بالإنكار بقي الدار
في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه
وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي وإنما
استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت
الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة
في هبة لما ذكرنا إلا أن يكون بعوض مشروط لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب
ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد
لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة
للشفيع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة لأنه زال المانع عن الزوال
الملك ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك
وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني على

على ما مر وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو
للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر
لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فإذا
أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع
بجنبها بالشفعة لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر شفيع الدار
الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا
شراء فاسدا فلا شفعة فيها أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ
وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف
ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لأنه صار أخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال فإن
سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة
لبقاء ملكه وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له
بطلت شفعته كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم
بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم
بالشفعة له بطلت لانقطاعه عن الدار التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وإن استردها بعد الحكم بقيت
الثانية على ملكه لما بينا قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة
فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة قال وإذا اشترى
دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء قاض
فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد
ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وإن ردها بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة
لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود
حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض
لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة
في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه ولا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية
لما بينا والأصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة
أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لأنهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق

لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته
لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة
وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار وقد
أوضحناه فيما تقدم قال وإن صالح من شفعته على عوض فأخذه بطلت شفعته ويرد العوض
لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه و
لا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط وكذا لو باع شفعته
بمال لما بينا بخلاف القصاص لأنه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك
في المحل ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ
بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة
خاصة وقد عرف في موضعه قال وإذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رح
معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما إذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبضه
فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره
ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط
فلا يستوجب الشفعة بدونه وإن مات المشتري لم تبطل لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه
ولا تباع في دين المشتري ووصيته ولو باعها القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع
أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به
قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه
ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة كما إذا سلم صريحا أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا
بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع
إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري إذا ابتاع وهو شفيع فله الشفعة والأصل
أن من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة
يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل
الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع للشفيع فلا شفعة له وكذا إذا باع الدار بشرط الخيار

لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشتري ولو كان
الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت
باقل من ذلك او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثاره
الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل
او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب
فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كان
اكثر ۝ وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان
المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره
فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع
فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم
في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له
لانقطاع الجوار وهذه حيلة ۝ وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها
سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما
الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا
والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه
عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار ۝ قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع
باضعاف قيمته ويعطي بها ثوبا بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري
الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به ۝ والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق
المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ۝ ولابي يوسف
انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة

قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة
اخذها كلها او تركها ۝ والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به
زيادة الضرر ۝ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين
ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر

حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت
يد البائع ولو سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن
وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ
الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع و
لهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع
فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن القسمة من تمام
القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق
الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو
المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع
في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في جانب الآخر قال ومن باع دارا وله عبد
ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة
تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين
لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة
وابي يوسف ۝ وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار الصبي
فلم يطلبا ۝ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح ۝ لمحمد وزفر
انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ۝ ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به
ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي
ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما
كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما يتغابن
الناس فيه جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا ۝ وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم
كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث
وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له
وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا ۝ والافراز هو

في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتراه
فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما
نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد
الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا
لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه
فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة
باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي عمل القضاء
من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة
فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم معناه باجر على المتقاسمين
لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه
ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء
ولانه لابد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد
معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو
اصطلحوا ان اقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام
يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت
فيرخص الاجر قال واجرة القسام على عدد الرؤس عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك
فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان
الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتبار
فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن
ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت
وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء
عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا
البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم
وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه

قسم بينهم

قسم بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول
الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة
انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على حكمه
قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان
قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلابد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث
ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول
لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده
ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة
قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير
فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما
لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار
غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة
على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث آخر غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين
وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه
لان فيه نظرا للغائب والصغير ولابد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا
من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى
يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت
بالشراء فملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح
الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه
وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يد ثابتة من غير خصم حاضر
عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا
الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد
لم يقسم وان اقام البينة لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا
مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي

على الصغير حيث قسم إذا قامت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا
القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه
وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل فيما يقسم وما لا يقسم**
قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم
فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل، وإن كان ينتفع أحدهم والآخر يستضر به
لقلة نصيبه فإن طلبها صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لأن الأول منتفع
فاعتبر طلبه، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر، وذكر الخصاف على قلب هذا لأن صاحب الكثير
يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه، وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة
يقسم القاضي، والوجه اندرج فيما ذكرناه، والأصح المذكور في الكتاب هو الأول، وإن كان كل واحد
يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها
ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر **قال** ويقسم
العروض إذا كانت من صنف واحد لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة
والتكميل في المنفعة، ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة
تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي، ويقسم القاضي كل موزون ومكيل
كثير أو قليل، والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها
أو البقر أو الغنم، ولا يقسم شاة وبعيرا أو برذونا وحمارا، ولا يقسم الأواني لأنها باختلاف الصنعة
التحقت بالأجناس المختلفة، ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف، ولا يقسم ثوبا واحدا
لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا
بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب
لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز، وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما
وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم، وله أن التفاوت في الآدمي فاحش
لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلفة بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد
الجنس ألا يرى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لأن حق
الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا، وأما
الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت، وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة

التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت، وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة
الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها
لا يصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا
أن يتراضى الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى
كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا **قال** وإذا كانت
دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة، وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض
قسمها، وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة، لهما أنها جنس واحد اسما وصورة نظرا إلى أصل
السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي، وله أن
الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا
فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار، وكذا لو تزوج على دار لا يصح
التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها لأن في قسمة كل بيت
على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة، قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن
الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم إحداهما
في الأخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة
كالبيوت والمتباينة كالدور لأنه بين الدار والبيت على ما مر فأخذ شبها من كل واحد **قال**
وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس، قال رضي الله عنه
جعل الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف، وقال في إجارات الأصل إن إجارة منافع الدار
بالحانوت لا يجوز، وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان، أو تبنى حرمة الربوا
هناك على شبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة** **قال** وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه
ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره
ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون
لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم
يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا
فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني، والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء حتى
إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سدسا جعلها أسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا

في كفاية المنتهى. وقوله في الكتاب يفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل فإن لم يفعل أو لم يمكن
جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى. والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم
نصيبه من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام. قال ولا يدخل في القسمة الدراهم إلا بتراضيهم
لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك. ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما
يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له. وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم
كل ذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم. وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة
لأنه هو الأصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى
يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملكه تسمية الصداق ضرورة
التزويج. وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق
التسوية بأن كان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك
الأصل إلا بها. وهذا يوافق رواية الأصل. قال فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق
لم يشترط في القسمة فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق ويسيل في
نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر. وإن لم يمكن فسخت القسمة لأن القسمة
مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لأن المقصود منه
تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا
بالطريق. ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز
وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل
إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه بخلاف البيع إذا ذكر الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق
والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره. وفي الوجه
الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص
بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل
إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر. ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في
القسمة إن كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم
لتحقق الإفراز بالكلية دونه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق
تمليك المنفعة فيما وراء الطريق. ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله

لأن الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن القسمة فيما وراء
الطريق لا فيه. ولو شرطوا أن الطريق بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين لأن
القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي. قال وإن كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له و
سفل له علو قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعنهما يقسم بالذرع لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من
اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة. وهما يقولان
إن القسمة بالذرع هو الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن. والمراعى
التسوية في السكنى لا في المرافق. ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال أبو حنيفة
ذراع من سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف ذراع بذراع. قيل أجاب كل واحد على عادة
أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو
أخرى. وقيل هو اختلاف معنى. ووجه قول أبي حنيفة أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو ضعفه
لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل. وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى
وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من
السفل. ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما
أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله. ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن
التعديل إلا بالقيمة والفتوى على قول محمد. وقوله لا يفتقر إلى التفسير. وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة
الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل
لأن العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان في معنى ثلاثة
وثلاثين وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة السفل
المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا
والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه نصف العلو فيجعل بمقابلته مثله. وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل
بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد لأن
العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون
منها علو. قال وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما. قال رضي الله عنه هذا الذي
ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف

قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق
عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء
والقبض لا على فعل أنفسهما لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به
لما أنه غير لازم وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي إذا
قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه
فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما
مغنما لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وإنما الاختلاف في الاستيفاء
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي
أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرا

باب في دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن
مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة
لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن
نكل منهم جمع نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما لأن النكول حجة في حقه خاصة
فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه وإليه أشار من بعد وإن
قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول الخصم مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر
وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت
القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا
من أحكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع
فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لأن تصرفه مقيد
بالعدل ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة
وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا وإن أقام البينة يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج وبينة الخارج
تترجح على بينة ذي اليد وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا إذا اختلفا في
الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وإن قامت لأحدهما بينة
قضي له وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

وإذا استحق بعض نصيب أحدهما
لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة

قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف
في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع
ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان
مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث
لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لأن باستحقاق
جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف
المعين ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة
على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر
بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز
فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت
القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة
المسألة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق
نصف المقدم فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده
من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فإذا استحق النصف رجع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف
الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف ما
في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده
والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال
ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لأنه يمنع وقوع الملك للوارث
وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم
لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم
والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في
التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا
بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهايأة

المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه

ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع
المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر
المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة
يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض
لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايآ في دار واحدة على ان يسكن هذا
طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه
التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط
لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا
في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا
ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان
التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث
الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر
الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة
وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف
اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على ان نفقة
كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة
لانه لا يسامح فيها ولو تهايآ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه
عندهما ظاهرا لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى
بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جاز وجه الظاهر ان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت
في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز اعتبارا بالقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم
بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد

لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال
يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق
ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار
وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة
احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ
على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو
المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا
في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضلت غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان
في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر
قرضا وجعل كل واحد منهما في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز
في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه
من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة
في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقاسيان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر
او غنم بين اثنين فتهايآ على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها
لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها
القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع
باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة
هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام
عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا
بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة
الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه
لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة
ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد

ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز وإذا فسدت عنده
فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله لأنه في معنى إجارة فاسدة وهذا إذا كان البذر
من قبل صاحب الأرض وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب
البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل
الأمة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها
شروط أحدها كون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل دونه والثاني أن يكون رب
الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به لأن عقدا ما لا يصح إلا من الأهل والثالث
بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان
من عليه البذر قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل والخامس بيان
نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط وما لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس
أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع
الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن
بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما قال وهي عندهما على أربعة أوجه إن كانت الأرض والبذر لواحد
والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة
الخياط وإن كانت الأرض لواحد والبقر والبذر والعمل لواحد جازت لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم
من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل لآخر
جازت لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بإبرته أو طيانا
ليطين بمره وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية
وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل
وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها
النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة
لها بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران
لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر لآخر وإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر
والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وإنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد
فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر اعتبارا بالمزروع في الفاسدة وفي رواية

لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بأرضه قال ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة
لما بينا وأن يكون الخارج بينهما مشاعا تحقيقا لمعنى الشركة فإن شرطا لأحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة
لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما
في المضاربة وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لأنه يؤدي إلى قطع
الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر فصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية
وأن يكون الباقي بينهما بخلاف ما إذا شرطا أن صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه
معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية قال وكذلك
إن شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لأحدهما لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك
إلى قطع الشركة لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية
وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب
ولا يخرج إلا التبن وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو
المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود
ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه
وقال مشايخ بلخ التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب
والتبع يقوم بشرط الأصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لأنه حكم العقد وإن
شرطا التبن للآخر فسدت لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأنه لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر
بالشرط قال وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل
لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت
لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال فإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه
واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من رب الأرض
فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لأنه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد
له أجر مثله بالغا ما بلغ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مر في الإجارات
وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها
وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو
جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح لأن له مدخلا

في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه
لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل
لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا منه
فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم
داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد
لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله
وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا
بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى
ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم
على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين
بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات
رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه
ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة
بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعه جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما
كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج
فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى
يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي
من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم
قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض
الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية
الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيعمل به وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى
بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث
يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ها هنا

العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما
بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع
بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع
الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان
المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر وقد ترك النظر لنفسه
ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على
رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل
لما بينا والمالك على الخيارات الثلثة لما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس
والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما
ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك
ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته
عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن
على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو
اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل
الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر
الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما
والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان
بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه
وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض
لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب
فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك
كتاب المساقاة قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة
معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام في المعاملة كالكلام في المزارعة
وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة

أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون
البذر بأن شرطا رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها
كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى
كما في المزارعة وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج لأن الثمرة لإدراكها
وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المقصود المتيقن وإدراك البذر في أصول
الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع
لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف
ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت
بقوة الأراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على
أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة يفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة لأنها
تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة إذ
شرطا جزءا معينا يقطع الشركة وإن سميا في المعاملة وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت
المعاملة لفوت المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر
عنها جازت لأنا لا نتيقن بفوت المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة
العقد وإن تأخر فللعامل أجر مثله لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة وصار
كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد
المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر و
الكرم والرطاب وأصول الباذنجان وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخل والكرم لأن جوازها
بالأثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خيبر لا يخصهما لأن
أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما
على أصله وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل
أن يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه قال فإن دفع نخلا
فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل
ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف
ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل قال فإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لأنه في معنى الإجارة

الفاسدة وصار كالمزارعة إذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه
فيها فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر
وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم
الضرر العامل يتخير ورثة رب الأرض بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر
وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم
وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض لأن فيه النظر
من الجانبين فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وإن ماتا
جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى
الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة
رب الأرض على ما وصفنا فإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول سواء وللعامل
أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة لأن الأرض يجوز
استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض
بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها
قال وتفسخ بالأعذار لما بينا في الإجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل
سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به
ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في إلزامه استيجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه
فيجعل عذرا ولو أراد العامل ترك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل أحديهما أن يشترط العمل بيده
فيكون عذرا من جهته ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون
الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس
لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استيجار ببعض ما يخرج
من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله
لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى إلا ما ذكيتم ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم
الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في مأكول وغيره فإنها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة
الأرض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان

من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان
الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه
ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما
نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم
ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل
التسمية والذبيحة لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف
والمجبوب سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة
على ما مر قال ولا يؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي
ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر
على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله
قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق
في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم
فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن
الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا
اكل وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية
سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب والرمي وهذا القول من الشافعي مخالف
للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك
التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه
لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا
للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب
وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن
حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة
بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتباره ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان
كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف

في القصد الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا تدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه
محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد
تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال
دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجزيه
ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى
اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول
عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احداها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة
وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا
انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة
بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة
لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع
الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة
محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله
يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون
التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق
كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى
والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في
الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع و
اقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن
قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز
الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة
وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال العبد الضعيف هكذا ذكر القدوري الاختلاف في
مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم

ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الحلقوم والاوداج قبل ان يموت اكل ولم يحك
خلافا واختلفت الرواية فيه والاصل انه عند ابي حنيفة اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل
وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة
لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر الاكثر من كل فرد
منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد
منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المريء فانه مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس فلا بد
من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع
الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه
لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن
زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا
لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس
الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج
ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع
ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على
غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون كذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو
اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة
وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان
قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان
المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه
نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد
الشفرة لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا
ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة
لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها
موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك
وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة

فلما

فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد
رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان
في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه
زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجرها برجلها الى المذبح وان ينخع الشاة
قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى
زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة
من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة
الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود
الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته
العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق
في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا
وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز
وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم
وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع
عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر
على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه
وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم
الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وكراهته
لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح
بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد
وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه
جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها
وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له
عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك تفرد
بالذكاة ولهذا تفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان

دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم إذ هو ليس
بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصاً
فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وإنما يدخل في البيع تحرياً لجوازه كيلا يفسد باستثنائه
ويعتق بإعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال ولا يجوز أكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي مخلب
من الطير وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول
سباع الطير والبهائم لا كل ما له مخلب أو ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة
ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم عليه السلام كيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل
ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع
وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف قال ولا بأس
بغراب الزرع لأنه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف
وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق لأنه يخلط فأشبه الدجاج وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله
الجيف قال ويكره أكل الضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها أما الضبع فلما ذكرنا
وأما الضب فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله وهو حجة على الشافعي
في إباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وإنما تكره
الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها قال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال لما روى خالد بن
الوليد رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام
أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة وهو قول مالك وقال
أبو يوسف ومحمد والشافعي لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله عليه السلام عن لحوم
الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولأبي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة
خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها
ولأنه آلة إرهاب العدو فيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولأن في إباحته تقليل
آلة الجهاد وحديث جابر رضي الله عنه معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة
عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والأول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به إذ ليس في شربه تقليل
آلة الجهاد قال ولا بأس بأكل الأرنب لأنه عليه السلام أكل منه حين أهدي إليه مشوياً وأمر أصحابه بالأكل منه

ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي قال وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده إلا
الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما الآدمي لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ و
قال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنها لا تؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع
بدون الأصل وصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي
النجسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول
في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ كما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل
لا يفسده خلافاً له وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل وقيل يجوز كالزيت
إذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء
إلا السمك وقال مالك وجماعة رحمهم الله بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان
وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل
وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن
الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك
خبيث ونهى رسول الله عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا
محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى
من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان
فالكبد والطحال قال ويكره أكل الطافي منه وقال مالك والشافعي لا بأس به لإطلاق ما روينا ولأن ميتة البحر
موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا
وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر
ما لفظه ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع
السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر
ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه
عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته
وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي
ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي
وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التأمل يقف المتبحر عليها منها إذا قطع بعضها

فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر
والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى
عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن
ابي يوسف وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول
ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم
فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم
لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام
من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها
الوقت يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي
الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب تشق على المسافر استحضارها ويفوت
بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير
والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك
والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما
يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى
وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر
وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان
السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب
على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال
يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من
مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم
لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح
ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح
بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه
بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله البقرة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على
اصل القياس وتجوز عن ستة او خمسة او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى

ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل
لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا
اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة
وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام
اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان
معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك
فيها ستة معه اجزأه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها
والاشتراك هذه صفة وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع
وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لانه بالشراء للتضحية لا يمتنع
البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة
انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما
كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل
بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون
بعد الصلوة والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم
نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية
غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التأخير لاحتمال التشاغل بها
عن الصلوة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز
بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما
انشق الفجر وفي عكسه لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر
فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر
كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
لانها لا تسقط بهلاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد ولم يصل
اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذلك على هذا عكسه
وقيل هو جائزة قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي

ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس
رضي الله عنهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدى الى المقادير
وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء
القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر
ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان
نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق
تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت
منزلة الصلوة والطواف في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه
او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة الشاة اشترى
او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت
يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال
ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة
العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي من النقي
وهو المخ قال ولا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين
والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي
ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا
ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار
الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او
اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا
وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر
في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقالا
اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه
ابي الليث رح وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة رح فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع
الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما
كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا

تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا
فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا
قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب
الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان
القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد
صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوئين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل
هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزيه و
الجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة
لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف
انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه لحصول
المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز وهذا لان مقطوع
اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان
فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى
الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل
قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت
واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها
فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح
ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت
ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم ينقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام
ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه
يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن ولقوله
عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا
يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني

ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين
ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في
التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها
فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا
او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق ان البقرة يجوز عن سبعة لكن من شرطه
ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والتمتع عندنا لاتحاد المقصود
وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي
عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا
قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع
الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف
فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق
لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات
واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن
من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم
عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة
من الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا
قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان
الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا
لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم
والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع
الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له
يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجرة الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام
لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجرة الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا
لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها
بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل

ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره
ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك
باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها كتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره
فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة
فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما وهذا
استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية
في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره
بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى
وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا
للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد
القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له
مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل
استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك
بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة
في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو
النار فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته
فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسألة
الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان
كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما
فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في
الانتهاء وان تشاحا فلكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم
فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره
كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب
بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم بالصواب

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام

الا انه لم يجد فيه نصًّا قاطعًا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف انه الى الحرام
اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رح يكره لحم الاتان
والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بأس بابوال الابل وتأويل قول ابي يوسف انه
لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها
واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية
الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة
انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه
رسول الله عليه السلام واذا ثبت هذا في الشراب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه
تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده
التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة
والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما قال
ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لانه في
معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير
الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب على السرج المفضض
والجلوس على الكرسي المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا
وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد
يروى مع ابي حنيفة رح ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب بهما واذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف
مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب
فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس
بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع
الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة
بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما
فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول
في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله

لكثرة

لكثرة المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم
لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية
والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند
الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية
لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها
او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق
ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول
الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات
لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل
لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه
المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل
قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر
الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا
كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل
ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم وان كان المخبر
فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم
كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان
اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما
الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل
وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء
فلا بأس بان يقعد ويأكل وقال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة
قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره
كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر
وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين
الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى

ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وإن لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لأنه لا يلزمه حق الدعوة بخلاف ما إذا هجم عليه لأنه قد لزمه ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم يكون.

فصل في اللبس قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لأن النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وإنما جاز للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي أن النبي عليه السلام خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لإناثهم ويروى حل لإناثهم إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع كالأعلام والمكفوف بالحرير لما روي أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الأعلام وعنه عليه السلام أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رحمه الله وحده ولم يذكر قول أبي يوسف رحمه الله وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما العمومات ولأنه من زي الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه إياكم وزي الأعاجم وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح إلا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لأن الصحابة كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا. قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم إلا بالفضة وهذا نص على أن التختم

بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال ما لي أجد منك رائحة الأصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل النار ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجتهما إلى الختم فأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفا من ذهب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن قال ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لأنه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس قال ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم إن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان.

فصل في الوطي والنظر واللمس ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يباح النظر إلى قدمها لأنه قد يبدو منها عادة وإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتهاء

كما اذا علم وكان اكبر رأيه ذلك. ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة لقيام
المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة
ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا
لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة. وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه
كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز. وعبد الله بن زبير رض استاجر
عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه. وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما بينا
وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة. والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح
مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة. ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة
عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء
الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز
عنه وهو قصد القبيح. واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي
فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء. ومن اراد ان يتزوج امراة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها
لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء
الشهوة. ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها
لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر
ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها فصار كنظر الى الخافضة والختان
وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة. ويجوز للمرض وكذا للهزال
الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رح لانه امارة المرض. وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا
الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون
سرته حتى يجاوز ركبته. وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي
والركبة عورة خلافا لما قال الشافعي رح والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى
منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رح معتمدا فيه العادة لانه
لا معتبر بها مع النص بخلافه. وقد روى ابو هريرة رض عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة
وابدى الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها ابو هريرة رض وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك
اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله

يغلب المحرم على المبيح وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه
برفق وكاشف الفخذ يعنف وكاشف السوءة يؤدب ان لج. وما يباح النظر للرجل من الرجل
يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء. ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه
اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب. وفي
كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر
الى خلاف الجنس اغلظ. فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك
يستحب لها ان تغض بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو من اهل الشهوة لم ينظر وهذا
اشارة الى التحريم. ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا
اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين. ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان
الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من
الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في الجانب الواحد. وتنظر المراة من المراة الى ما
يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل
وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن. وعن ابي حنيفة رح ان نظر المراة
الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال والاول اصح. وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا
اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة. والاصل فيه قوله عليه السلام
غض بصرك الا عن امتك وامراتك. ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان
مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان
لورود الاثر. وكان ابن عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر
الى ظهرها وبطنها وفخذها. والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن. الاية
والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق
والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة
ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمراة في بيتها في ثياب مهنتها

عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى
بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التأبيد
بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح
او سفاح في الاصح لما بينا ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في
المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر
لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليه او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس
لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة
الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر
المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام لا يخلون
رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب
والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة
فان خاف على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب
بنفسها يمتنع من ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها
وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز
ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار
حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق المحارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه
اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر
الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رضي الله عنه انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة
لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم
المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رح على ما عرف
واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي
الاركاب والانزال اعتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة ولا بأس
ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير
ولم يفصل قال مشايخنا رح يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى
او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة

واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لان الظهر والبطن منها
عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما
قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق فينزل وكذا المخنث في الردى من الافعال لانه فحل
فاسق والاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص
ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رضي الله عنه
هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها
من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة
قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد بن المسيب والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا
باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان
الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي
فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كان امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر
الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى
حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب
في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف
عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة
الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري
لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع
فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن
انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك
الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث
والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك
وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام

على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر فيه تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ
بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشرى او غيره من اسباب الملك
قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رح لان السبب استحداث الملك
واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في
يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشرا الفاسد قبل ان يشتريها شرا صحيحا لما قلنا
ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الان والحكم يضاف
الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان
كاتبها بعد الشرا ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث
الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبرا اذا
رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو
استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولهما نظائر كثيرة
كتبناها في كفاية المنتهي واذا ثبت وجوب الاستبرا وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها
اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض
حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي
لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي
في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح
دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبرا في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات
الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه
بطل الاستبرا بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع
حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية
وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام
اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال
ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبرا عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة
والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا
قربها والحيلة فيها اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشرا ثم يشتريها

ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به
ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو
استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك
لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا
يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم
الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي
المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها
والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما
عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع
نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع
واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين
لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت
ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان
الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فان قبلهما او وطئهما
فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيها وكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما
بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك
او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به
ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك
الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا
الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما و
اجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به
النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا
ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم
ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي

الاخرى لا يوطئ الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين
قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه. وذكر الطحاوي ان
هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام
عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه. ولهما ما روي ان النبي عليه السلام
نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل. وما رواه محمول على ما قبل التحريم
قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد. اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس بها بالاجماع
وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث قال عليه السلام من صافح اخاه المسلم
وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره
بيع العذرة وقال الشافعي رح لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة
وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع
فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط
هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح. والمخلوط
بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها فانه يسعه
ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات
مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او
تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق
لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسعه
ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان
ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل
قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر رأيه. لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء
فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل
ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق
دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود
الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك
لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي

اتاها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم
ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبله وان لم يكن ثقة يعتبر
اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال ولو ان امرأة
اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او غير ثقة واتاها
بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق
يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا
لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها وكذا لو قالت
المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت
عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني
لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين
تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل
وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة
لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن
والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت
المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه.
لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا
الحرف يدور الفرق. ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له
فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع
وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره
لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه
الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه
من البائع. وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه
قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله
وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به. والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق

والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر
عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان
المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عم
نهى عن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه
في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثوبا او ذهبا
او فضة وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر
في الكراهة وابو حنيفة رح اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون
احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة
باربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله و
برئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في
غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط و
العياذ بالله تعالى وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان
التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس
بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك
له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع
في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه
الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان
البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض
الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا
اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان
رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب

الطعام يتحكمون ويتعدون تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا
بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن
ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر
وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح
لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على
اختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع
ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه
من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من
اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره في الشك قال
ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف
بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار
او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه
لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب
الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه
وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير
في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب
اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا
وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يكره
له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه
وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به و
الحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع
ارضها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها
مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام مكة حرام لا تباع
رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى
لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص

ملك البائع ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا
ولان اراضي مكة تسمى سوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها
ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع عند بقال درهما يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك
لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام
عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة و
ليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل متفرقة قال ويكره التعشير و
النقط في المصاحف لقول ابن مسعود رض جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي
التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب
اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران
بالقرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه
بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك
وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب
يجنب عنه وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان
النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي
الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم
في الجاهلية ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع
وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة
والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح
بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح
ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك
بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهة الثانية
لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته
قديم وعن ابي يوسف رح انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عليه السلام
روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك

وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط
في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق
على الخالق قال ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر
حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر به فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن
باطل الا الثلث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس
يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله
عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع
لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك
عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر به لا تسقط لانه
متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم
عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته
ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس
كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية
سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة
دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها
ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي
على اصل القياس ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له
واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا
من هو ولي كالنكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه
بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه
وبيعه واجارة الظئر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام و
الملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط
في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة
والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة
فتح باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الارضاع قال

ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كانت في حجرها ولا يجوز للعم ذكره
لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك العم والملتقط ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز
لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد
المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية
وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار
فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة
فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي
لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء
الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس
برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة قاضيا وفرض له اربعين و
بعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال
بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة
وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو
افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء
الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل
رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده
من المحتاجين ولانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه
بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو
يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو
الصحيح ولو استوفى رزق السنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف
في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال
ولا بأس ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى
النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع
بيعها

كتاب احياء الموات

الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء
عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به

قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو
بعيد من القرية اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات
قال رحمه الله هكذا ذكر القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط
ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما
التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له
مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان
الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد
اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف
بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام
ملكه فان احياه بغير اذن الامام لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عليه السلام من
احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد
ولابي حنيفة رحمه الله ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب
لشرع ولانه مال مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان
يختص به بدون اذن الامام كما في سائر المغانم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج
على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء
فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها
لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء
كما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا
ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول
في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما
يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان فيه
كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين
اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين
من حيث العشر او الخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء
ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار

حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح. وانما شرط ترك ثلاث سنين
لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق. ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه
الى وطنه وزمان يهيئ فيه اموره ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين
لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك. واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر
انه تركها. قالوا هذا كله ديانة. فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق
الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره. ولو فعل يجوز العقد. ثم التحجير قد يكون
بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد
ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة
ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر. ولو كربها
وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا. ولو حفر انهارها ولم يسقها
يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين. ولو حوطها او سنمها
بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها. قال ولا يجوز احياء
ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها
حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر
وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي
الناس منها لما ذكرنا. قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها. ومعناه اذا حفر في ارض
موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء. قال
فان كان للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها
اربعون ذراعا عطنا لماشيته. ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل
جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها. وان كانت للناضح
فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا. لهما قوله عليه السلام
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا
ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منها
بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت. وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله و
العمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به. ولان القياس يأبى استحقاق الحريم.

لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه
حفظناه. ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة
فيهما. ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة. قال وان كان عينا فحريمها
خمسمائة ذراع لما رويناه. ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة
فلهذا يقدر بالزيادة. والتقدير بخمسمائة بالتوقيف. والاصح انه خمسمائة ذراع من كل
جانب كما ذكرناه في العطن. والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل. وقيل ان التقدير
في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول
الماء الى الثاني فيتعطل الاول. قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت
حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره
ان يتصرف في ملكه. فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا
ولو اراد ان يأخذ الثاني فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لانه ازالة جناية حفره كما في الكناسة
يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها. وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما
اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح وذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة
النقصان. وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان
بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة انه يجعل الحفر تحجيرا وهو سبب الملك بغير اذن الامام وان كان
لا يملكه بدونه. وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره. وان حفر
الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها
وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه. والقناة
لها حريم بقدر ما يصلحها. وعن محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم. وقيل هو عندهما وعنده
لا حريم لها ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر. قالوا وعند ظهور الماء على
الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع. والشجرة تغرس في ارض موات
لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى الحريم لجذ فيه ثمره
ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث. قال وما ترك الفرات والدجلة و
عدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا. وان كان لا يجوز عوده اليه

فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم
في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة
على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان
من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر
لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء
الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس
يأباه على ما ذكرنا وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع
بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق
ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم
استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة
مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض
نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة
والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك و
لا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره
فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر
عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر
خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا
لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه
غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف واما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب
الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة
الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل
انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده
وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن
ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب
وهذا ارفق بالناس

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر
او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم ان المياه انواع
منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري منها
نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من
الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات
للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا
ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء
يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك ان يميل
الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان
شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه
قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه
الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي
اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو
محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم فهو مدفوع وان اراد رجل ان يسقي
بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر بهم لانه حق خاص
لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني
وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة
نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا
لم تقطع يده ولو كانت البئر او العين او النهر او الحوض في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة
من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال
لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي
وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه لان
الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو
يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في
البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند
اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام

ذلك مقام التعزير له. والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الإبل
والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الإبل لا تردها في كل وقت فصار كالمياومة
وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشجرة والجامع تفويت حقه
وله أن يأخذ الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي
إلى الحرج وهو مدفوع. وإن أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الأصح لأن الناس
يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة. وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل و
بئره وقناته إلا بإذنه نصا. وله أن يمنع من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة
الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه. ولأن المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق
بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه. ولا حق الشفة فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه
حقه فتجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه. **فصل في كري الأنهار** قال الأنهار ثلاثة نهر غير مملوك
لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه. ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام
ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص. والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه. فالأول كريه
على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف إليه من مؤنة الخراج
والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب. فإن لم يكن في بيت المال شيء فالإمام
يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم
إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم. وأما الثاني فكريه على
أهله لا على بيت المال لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص. ومن أبى منهم يجبر على كريه
دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به. ولو أرادوا أن
يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف
الكري لأنه معلوم. وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بيناه. ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني
وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان
بأمر القاضي فاستوى الجانبان بخلاف ما تقدم. ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعا. ومؤنة كري النهر
المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا
من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل لاحتياجه إلى تسييل فضل
الماء فيه. وله أن المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره وليس على صاحب

المسيل عمارة كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه
ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرنا وقيل إذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والأول أصح
لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فإذا جاوز الكري أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له
أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه
وليس على أهل الشفة من الكري شيء لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع. **فصل في الدعوى والاختلاف**
والتصرف فيه قال وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد
يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى. وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره
فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله لأنه مستعمل له بإجراء مائه فعند الاختلاف يكون
القول قوله. فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان له مجراه
في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه. وعلى هذا
المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب. وإذا كان
نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد
فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ولكنه
يشرب بحصته. فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر
رجل منهم في نوبته جاز لأن الحق لهم إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر
من غير تراض لكونه إضرارا بهم. وليس لأحدهم أن يكري منه نهرا أو ينصب عليه رحى إلا برضا أصحابه
لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء
ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره. ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه
من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه. والدالية والسانية نظير الرحى. ولا يتخذ
عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص
بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن
ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا
ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء. ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على
مقدار حقه في أخذ الماء وكذا إذا كانت القسمة بالكوى وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر

فيجعلها في ربعها او ربع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه
او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار
التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد
احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى
مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف
ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى
بالطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها
في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه
في ارض له اولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى
تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى
دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين
في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت
الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده
لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه
بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه
ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية باطل
باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت
من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود
ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح
ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبه ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب و
بدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب
ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين و
اذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت
ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه **كتاب الاشربة**

قال في الصحاح مخرت الارض اذا ارسلت الماء فيها

وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى
واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور
في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام
فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا
عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله
عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرم والنخلة ولانه
مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما
فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما
سمي خمرا لتخمره لا لمخامرة العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق
من الظهور وهو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه
يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت
هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد ولا يشترط
القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد
ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي
عن الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع
وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير
معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه
حرام لانه به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه
رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم
الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد
لشاربها اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى
حكمها الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل
لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها
بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس
سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها

فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل
ثمنها واختلفوا في ماليتها والأصح انه مال لأن الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان
له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون ان يؤديه لأنه ثمن بيع باطل
وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه
من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع
بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان
لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه
الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم
وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا
لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لأن الحد بالقليل في النيء خاصة
لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله
هذا هو الكلام في الخمر وأما العصير اذا طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة
ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا
واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال الأوزاعي انه مباح وهو
قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع
الفساق عليه فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء
التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله عليه السلام تتخذون
منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء اذا كانت الأشربة مباحة كلها وقيل
اراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع
الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي وقد بينا
المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لأن
حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من
الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لأنه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها

بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها
محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون
الثلثين قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب
على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق
السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام
ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة وقال فيه
ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الأشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه
ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا
الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه
في هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى
عن ابن عباس وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه
وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر
ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما
ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في
المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال
سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال
ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لأن المروي عنه حرمة نقيع
الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب و
الرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين
ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان
من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم
بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب
لأن قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل

لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه
يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة
بل فوق ذلك وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في
اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب
ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك
والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق
وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام
كل مسكر خمر وقوله ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة
منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام
حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر
بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما
يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو
وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على
القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق
ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على
العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون
الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة
وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير
فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى
يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر
جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر
والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله
لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى
تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره

بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ
ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول
بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه و
لا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه
بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله
لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة
ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا
غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء
طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل
بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان
في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام
نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث
تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا
بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من
احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء
فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيه
فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا القي في الخمر ثم لما صار خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب
دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به
جرحا او دبر دابة ولا ان يسقي ذميا ولا صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي
في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليها لا عكسه لما قلنا ولا يحد شاربه اي شارب
الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزء الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره
لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان
الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطاره في
الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل

لتنجسه بها ولا حد ما لم يسكر منه لأنه أصابه الذبح ويكره أكل خبز عجن عجينه لقيام أجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن
ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي. بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق
بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لأن الذي يذهب زبدا
هو العصير أو ما يمازجه وأيا ما كان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة. وأصل آخر
أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الذاهب الأول هو الماء والثاني
العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وإن كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها
ويبقى ثلثها فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما إذا صب الماء
فيه بعدما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه. بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء
ففي الوجه الأول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة
لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى
ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار. وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه
ثم طبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب
ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال
بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة
وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعا فعرفت أن
الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية و
هداية إلى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

قال الصيد الاصطياد ويطلق على
ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله عليه السلام وإذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي إذا أرسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر
فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى إباحته انعقد الإجماع ولأنه نوع
اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف فكان مباحا
بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة
وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير
فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته والأصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح
الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه ودل عليه ما روينا من حديث عدي بن
حاتم. واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الأسد
والدب لأنهما لا يعملان لغيرهما الأسد لعلو همته والدب لخساسته وألحق بهما بعضهم
الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به. ثم لا بد من التعليم لأن ما تلونا
من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له
فيترسل بإرساله ويمسكه عليه. وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع
ويجيب إذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب
يحتمله فيضرب ليتركه ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الإجابة
آية تعليمه أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب
ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة لأن فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه
مرة أو مرتين شبعا فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار
وإبلاء الأعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الأخيار ولأن الكثير مما يقع أمارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدر بها. وعند أبي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الأصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب
على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لأن المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سماع
فيفوض إلى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها. وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا
وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل
وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا جارحة معلمة بخلاف
تلك المسألة لأن الإذن إعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة. وإذا أرسل كلبه المعلم
أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عليه عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله لما روينا من حديث عدي بن حاتم
ولأن الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمي
وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا
في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن

بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وذلك ظاهر في قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين مشتق من التكليب

الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ

باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا فان اكل منه البازي اكل

والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رض وهو حجة على مالك و

الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد

لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناه

في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز

بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان لان

ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد

فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه

لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة

لا تنسى اصلها فاذا اكل تبينا انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه

بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد

لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب

من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه

وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة فالقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي

لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل

من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه

المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله

ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل

فاخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره

فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه

ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه

فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله قال وان ادرك المرسل الصيد

حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذلك البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل

حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من

ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية

وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء

ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم

مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها

على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه

من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا

يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن

لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع

في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق

بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا

وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا

لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى

هذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية

والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى

لقوله عليه السلام الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعن ابي يوسف اذا كان بحال

لم يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش

المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم يأخذه

فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه

ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه

ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة

فعند ابي حنيفة رح ذكوة الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا

ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال

مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به

اذ لا يمكنه تعليم على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة

حال الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه
ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح شاتين بتسمية واحدة
لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى
فذبحهما بمرة واحدة تحل بتسمية واحدة. ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد
فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد
عادته. ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال
قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر. ولو قتل الاول فجثم عليه
من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ
وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم. ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد
فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما بيناه
في الكلب. ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك
في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه. وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية
على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه
جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة. وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك
بالكسر فاشبه التخنيق. وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا
لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المحرم والمبيح فتغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا
ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقده
في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب
فلا تتحقق المشاركة بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة. ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول
حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد
حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه
لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما. واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد
بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب. ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه
او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا تثبت به الحل
وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فهو في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد

فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه دونه من حيث انه
بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا. ولو ارسل المسلم كلبه على صيد
وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله
الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا. ولو ارسل رجلان كل واحد
منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان
الارسال من الثاني بعد الخروج من الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

قال ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد
حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه
لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه
ليس للاباحة. ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في
نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع
اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب
لان الفعل ليس باصطياد. والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا. ولو
رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه
التوحش. ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه
الاستيناس. ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد
وفي رواية اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما. ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو
صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه. واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم
فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع
من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه. وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه
بوجوهها والاختلاف فيه في الفصل الاول فلا نعيده. قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب
ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام
انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر
قائم فما سواه لم يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه

ضرورة اذ لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عجزه و
الذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل واذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به
جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه يمكن الاحتراز عنه فيعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال
الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا • واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل
ثم تردى منه الى الارض لم يوكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء
مهلك وكذا السقوط من علو يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضه وان وقعت رميتك في الماء
فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك • وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز
عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن الاحتراز عنه فصار الاصل ان سبب
الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن الاحتراز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف
بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على
جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة
او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله • ومما لا يمكن التحرز عنه اذا وقع على الارض
كما ذكرنا او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليه
لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء • وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يوكل لاحتمال
الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل المطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق
وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل
على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا صحيح • وان كان
الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يوكل كما اذا وقع في الماء • واذا
اصاب المعراض بعرضه لم يوكل لقوله عليه السلام ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه
لا بد له من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما قدمناه • ولا يوكل ما اصابته البندقة فمات منها لانها
تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا
تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين
الموت بالجرح • ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه و
لو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا ان رماه بها فابان راسه
او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل

قطع الاوداج • ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا
كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح • والاصل في هذه المسائل ان
الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما
وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا • وان رماه بسيف او بسكين
فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد
وغيره فيه سواء • ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا
فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة كبيرة او صغيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ
او غلظ الدم • وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط
الانهار • وعند بعضهم ان كانت كبيرة يحل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء •
ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل • ووجه القولين دخل فيما ذكرناه • واذا
اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل اكله والا فلا • وهذا يؤيد بعض ما ذكرنا
واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه • ولا يوكل العضو وقال الشافعي رح اكلا
ان مات الصيد منه لانه مبان بذكوة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار
بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكوة • ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر
الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة
لقيام الحيوة فيه • وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع
في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم • وقوله ابين بالذكوة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء
الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال
فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما
يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا
لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من سطح او جبل لم يحرم فتتخرج عليه المسائل
فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس
يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي • ولو قده بنصفين او قطعه
اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان
منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة فيه بعد هذا الجرح والحديث يتناول الحي

او ابين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان
رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع ولو ضربه من قبل القفا ان مات
قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا
او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل كله لانه بمنزلة سائر اجزائه
وان كان لا يتوهم بان بقي منه متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني
ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولابد
منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا قال
ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه
هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول
ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول
وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي
الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في
المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة
وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح
بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف رح لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة
لا عبرة به عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبرة عنده على ما عرف من مذهبه
فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل والثاني
ضامن قيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه اتلف بالرمي صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المثخن
وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رحمه الله تاويله اذا علم ان القتل حصل
بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل
كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل
عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل بالجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته
جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا
للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا
نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه

والثانية

والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلانه بالرمية الاولى صار بحال لا يحل الا بذكوة
الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف
الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان الرامي الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة
كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره فيصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا
فانزله لا يحل لان الثاني يحرم كذا هذا ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل
لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب
واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او
لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة
حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن
كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي
طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد الاجماع على ذلك ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء
فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض
قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم
على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع
ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولانه عقد تبرع لان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن
شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية
في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يثبت
في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل
للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا
متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه
وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال فاذا سلمه اليه
وقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده لا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان
الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة
يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك

وهو ضد الضيانة وكذا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة قال الشاعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ مع رعاية المعاني اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن ولكيلا يكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض الضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهي جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد والانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع لانه لا ينافي موجبه فهو تعينه للبيع وسيأتي البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رحمه الله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا قال الحوالة

المعتبرة قيمتها بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون قدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلكت قيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل والمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل لان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد

فترجع الحقوق إليه. وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم
قد حل لاحتمال الهلاك، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام
العين. وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في
ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن
فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن، وما صار قيمة بفعله وقبل تقدم
صار رهنا بفعل الراهن فلهذا افترقا. ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه
غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على
يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته. ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه
والذي في يده يقول أودعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضار
الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا. وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو
لما قلنا. ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن
بشيء حتى يثبت كونه رهنا لأنه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين
فلا يملك المطالبة به. قال فإن كان الرهن في يده فليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين
لأن حكم الحبس الدائم إلى أن يقبض الدين على ما بيناه. ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل
الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع. فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه
لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه. فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه
لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده
وكذا لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه. ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن
على وجه الفسخ لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين. ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به
وفاء بالدين لبقاء الرهن. وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس
إلا أن يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون الانتفاع. وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن
وليس له أن يؤاجر ويعير لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فإن فعل كان
متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي. قال وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده
وخادمه الذي في عياله. قال رحمه الله معناه أن يكون الولد في عياله أيضا. وهذا لأن عينه أمانة
في يده فصار كالوديعة. وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن. وهل يضمن الثاني فهو على

الخلاف. وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة. وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب
بجميع قيمته لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي. ولو رهنه خاتما فجعله
في خنصره فهو ضامن لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى
في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة. ولو جعله في بقية الأصابع كان رهنا بما فيه لأنه لا يلبس كذلك
عادة فكان من باب الحفظ. وكذا الطيلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن وإن وضعه على عاتقه
لم يضمن. ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لأن العادة
جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة. ولو لبس خاتما فوق خاتم إن كان
هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن. قال وأجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن
والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن
لأن العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه
كما في الوديعة. وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان
ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه. وكل ما كان لحفظه أو رده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن
مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة
البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على
الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته. ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن
لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا
إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء. وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن
بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لإعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع
فيه فلهذا يكون على المالك. وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فإن كلها تجب على المرتهن
وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له. فأما
الجعل فإنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون. ومداواة القروح والجروح ومعالجة
الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة. والخراج على الراهن خاصة لأنه من
مؤن الملك. والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين. ولا يبطل الرهن في الباقي

لان وجوبه لابقاء ملكه بخلاف الاجنبي، وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق
احدهما مما وجب على الآخر بامر القاضي يرجع عليه كأن صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة، وعن
ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي، وقال ابو يوسف رح يرجع في الوجهين
وهي فرع مسئلة الحجر. باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن
المشاع، وقال الشافعي رح يجوز، ولنا فيه وجهان احدهما ينبني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت
يد الاستيفاء، وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع، وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده
وهو تعينه للبيع، والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص
او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام
ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس، ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة
فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة
حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة
الملك والمشاع يقبله، وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة
ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول، وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما
بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا، والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل
وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة، وجه الاول ان
الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف
الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وانما اعتبر القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه
ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد
في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع في الارض دون الارض
ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع
وكذا اذا رهن الارض دون النخل او دون الزرع او النخل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين
فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده
وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار
بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض
وهي مشغولة بملك الراهن، ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة

وان كان فيه

وان كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف
البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر، بخلاف
المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما، وكذا
يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر، ويدخل البناء
والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا، ولو رهن الدار بما فيها جاز
ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا
بطل كله لان الرهن حصل كأنه ما ورد الا على الباقي، ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه
في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها
فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا
تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء
دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة
بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل فيه بلا ذكر، قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع
والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان
ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه، وكذا لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها
كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه
يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن، فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا
بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح
الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا وجبت قيمته فكان رهنا
بما هو مضمون فيصح، قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة، والفرق ان الرهن
للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز، اما
الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة، ولهذا
تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة
لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني
الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود

باعتبار الحاجة ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض
على سوم الشراء وقبضه قال ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر
لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود
ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر والرهن
بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه قال فإن هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار للباطل
فبقي قبضاً بإذنه قال فإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف
والسلم وصار المرتهن مستوفياً لتحقق القبض حكماً وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات
القبض حقيقة وحكماً فإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه أنه يصير
مستوفياً للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً
برأس المال حتى يحبسه لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهناً بقيمته
ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه رهن به وإن كان محبوساً بغيره كمن
باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن
بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأدى
ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز
رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء
من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في
النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن الاستيفاء من الأرش
ممكن ولا يجوز بالشفعة لأن المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه
غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لا يكون
مضموناً لأنه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً أو يرتهنه من مسلم أو ذمي
لتعذر الإيفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن إذا كان ذمياً فالخمر مضمونة عليه للذمي
كما إذا غصبه وإن كان المرتهن ذمياً لا يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما إذا جرى
ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم
كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى عبداً ورهن بثمنه عبداً أو خلاً أو شاة مذبوحة
ثم ظهر العبد حراً والخل خمراً والشاة ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً وكذا

اذا قتل

إذا قتل عبداً ورهن بقيمته عبداً ثم ظهر أنه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا إذا صالح عن
إنكار ورهن بما صالح عليه رهناً ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه
وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبداً لابنه الصغير لأنه يملك
الإيداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة ولو هلك
يهلك مضموناً والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف
وزفر رحمهما الله أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتباراً بحقيقة الإيفاء ووجه الفرق على الظاهر
وهو الاستحسان أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا
نصب حافظ لماله ناجزاً مع بقاء ملكه فوضح الفرق وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفياً
دينه لو هلك في يده ويصير الأب والوصي موفياً له ويضمنه للصبي لأنه قضى دينه بماله وكذا
لو سلط المرتهن على بيعه لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا وأصل هذه المسألة البيع فإن
الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما
وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا التوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظراً إلى
عاقبته من حيث وجوب الضمان وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له
صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين
وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى
طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عيناً له من اليتيم بحق لليتيم
عليه لا يجوز لأنه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع
وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب والرهن من ابنه الصغير
وعبده التاجر الذي لا دين عليه بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده
الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه
ولا تهمة في الرهن لأن له حكماً واحداً وإذا استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به
متاعاً لليتيم جاز لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز وكذلك
لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى له التجارة تثميراً لمال اليتيم فلا يجد بداً من الارتهان
والرهن لأنه إيفاء واستيفاء وإذا رهن الأب متاعاً للصغير فأدرك الابن ومات
الأب فليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازماً من جانبه إذ تصرف الأب

بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن
رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك
اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب
حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد
اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه
عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن
وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي
والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع
بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة
نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما
رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق
المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان
قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه
مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة
الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر
من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن
لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب
على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده
يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا
الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم وهذا قال في كتاب الاقرار واذا اقر الاب
او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ
فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير
لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين
ياخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم

والدنانير

والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت
بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة والصياغة لانه لا معتبر
عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون
القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان
رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان يكون
قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده
باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني
فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما
انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي
الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه
وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء
الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه
ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن
ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور
لان محمدا رح فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذه مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف
ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي
من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق
ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجبر على
الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على
الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه
وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور
للمرتهن بالضمان وعند محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة
الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك
وفي الهلاك الحقيقي يصير مستوفيا للدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء

[illegible]

عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق
الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته
اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده
وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك
والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثنى عشر عند
ابي حنيفة رح يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة
فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس
قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون
مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة
كزيادة الوزن كان وزنه اثنى عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند
المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا
فامكن اعتبارها وتمام بيانه وقول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع
شعبه قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز
وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس
انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد
البيع ووجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب
فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن
الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة
فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل الكفالة صح فلو امتنع المشتري عن
تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رح يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه
كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على
ما بينا ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع
لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء يثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى ثوبا

بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن
معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة
الاصيل حوالة والحوالة في ضده كفالة وقال زفر رح لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رح لان قوله
امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك
او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم انه اراده
الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه
حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن
محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار
كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب
في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق
بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا
في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل
واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في
صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رح لانه
فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما
حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى فان
اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير
تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما
رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي
جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع قال وان اقام الرجلان كل واحد منهما
البينة على رجل انه رهن عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته
انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون
كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية
ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بها وتعين التهاتر

[illegible]

ولا يقال إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب
الشهادات هذا وجه الاستحسان لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كل واحد منهما
أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس
يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه
إن كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن
الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة
على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف رح لأن الحبس للاستيفاء
حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في
حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وحكمه في حال الحياة
الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره
وصار كما إذا ادعى رجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاما البينة
تهاترت في حال الحياة ويقضى بالميراث بينهما بعد الممات لأنه يقبل الانقسام باب
الرهن يوضع على يد عدل قال وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال
مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه
عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة
وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين
تحقيقا لما قصداه من الرهن وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه
في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حق الراهن
في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر
فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو
دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن
في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي وإذا ضمن العدل
قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع إليه أو هلك في يده فلا يقدر أن يجعل القيمة
رهنا في يده لأنه يصير قاضيا ومقتضيا ويجعلها بينهما لكن يتفقان على أن يأخذاها منه

ويجعلاها رهنا عنده أو عند غيره وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك
ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة
سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في
ملك واحد وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لأن العين لو كان
قائما في يده يأخذه إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين البدل و
المبدل قال وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين
فالوكالة جائزة لأنه توكيل ببيع ماله وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل
الوكيل وإن عزله لم ينعزل لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه
وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولأنه تعلق به حق المرتهن
وفي العزل إتواء حقه فصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا
حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا إذا عزله المرتهن لم ينعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره
وإن مات الراهن لم ينعزل لأن الرهن لم يبطل بموته لأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة
وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير
محضر منه وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته لأن العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما
فيبقى بحقوقه وأوصافه وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه
لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن أبي يوسف رح أن وصي
الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال أعيانا
يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعدما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه و
الإرث يجري فيما له بخلاف المضاربة لأنه حق المضارب قال وليس للمرتهن أن يبيعه إلا
برضاء الراهن لأنه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن أن يبيعه إلا برضاء المرتهن لأن المرتهن أحق
بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن
أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره
بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو أن فيه إتواء الحق بخلاف
الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعي فلا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه

فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعد عقد الرهن قيل يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل لا يجبر نظرا
الى الوجه الثاني وهذا اصح. وعن ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب
في الجامع الصغير. وفي الاصل اذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا
وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا. واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن
لقيامه مقام المبيع المرهون. وكذا اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث
المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع
لانه قائم مقام الاول لحما ودما. قال واذا باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه
العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره
وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار
ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن
الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل
نفذ البيع لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه. واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح
الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن
بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك
الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن
على الراهن بدينه. وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده
لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد
وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض
المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه
ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة. واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على
الراهن. ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما
يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل. ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد
فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن او لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق

المرتهن فلا يرجع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره
الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن
فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل
على البيع قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن
وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد
مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة
وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه
كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار
الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم
والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه
كانه وكيل عنه والملك بحكم الانتقال متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه
باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه
في كفاية المنتهي.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن
بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان
الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق
حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه
جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل و
اذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له
حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال
دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك
الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له
ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت له حق الفسخ انما يثبت
ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري
صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ
العقد لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري

قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره
قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني
فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن
هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله
فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة
بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع
فنفذ البيع الاول فوضح الفرق ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي احد قولي الشافعي
لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا وفي قول ينفذ فابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا
حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى
مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه
بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المشتري العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب
ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم هو لا يزول ملكه في
الرقبة باعتاقه بل يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة
اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لم يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية
عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا
والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه
وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب
الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل
وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر
الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رحمه الله
وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى
على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف
المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله
وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعى

المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن
حق الملك وهو دون حقيقة الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هناك في حالة واحدة
اظهارا لانحطاط رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع
الا رواية عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه
في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن
ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية
فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال رهنتك
عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق
ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق
لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر
وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها صح الاستيلاد
بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا
من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما
على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع
الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه
حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه
الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق
يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته
لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين
فلو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه
بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى وكذلك لو
استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه
مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا
في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا
المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم

قوله واذا صحا يعني التدبير والاستيلاد وخرجا اي المدبر وام الولد ... يعني عندنا ... التدبير لا يخرجه ... منه ... الرهن ... عنايه

خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كأنها هلكت
بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لأن القبض السابق مضمون عليه
لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم
القيمة لأنه أتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه
وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لأنه جنس حقه ثم
إن كان فيه فضل يرده على الراهن لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن فإن نقصت
عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر
قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف
وهو قيمته يوم أتلف قال وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه
خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فإن هلك في يد الراهن
هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده لأن عقد الرهن باق
إلا في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن
أحق به من الغرماء وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على
كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضمونا بالهلاك وإذا بقي عقد
الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما
أن يرده رهنا كما كان لأن لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة
من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ ولو مات
الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه
التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا وإذا استعار المرتهن
الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان المرتهن لبقاء يد الرهن
وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان
لثبوت يد العارية باستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن
بالاستعمال لما بينا ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز

لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز
أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والإطلاق واجب
الاعتبار خصوصا في الإعارة لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير
أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه لأن التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لأن غرضه الاحتباس بما
تيسر أداؤه وينفي النقصان أيضا لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع
عليه وكذا التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لأن كل ذلك مفيد لتيسير البعض دون البعض
وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ وإذا خالف كان ضامنا ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد
الرهن فيما بينه وبين المرتهن بما ضمنه وبالدين على الراهن قد بيناه في الاستحقاق فإن وافق
بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن
الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لأنه صار قاضيا دينه
بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه وكذا إذا أصابه عيب ذهب
من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لما بيناه وإن كانت قيمته أقل
من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة
على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد
المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه
ولهذا يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين لأنه متبرع
إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله ولو هلك ثوب العارية عند
الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لأنه لا يصير قاضيا لغيره وهو الموجب على ما بينا
ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في إحدى الحالتين كما لو
اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير لأن القول قوله في إنكار أصله فكذا في إنكار وصفه
ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى و
القيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لأنه سلمت
مالية الرهن بالاستيفاء من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير
جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوف وإن شاء ضمن
المعير قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته وقد أتلفه بالإعتاق ويكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيرده

الى المعير لانه استرد العارية كما استرد العين. ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد
او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند
المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى
الوفاق. وكذلك اذا افتكه الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك
بغير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك
وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك
اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء. قال
وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي
في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد
الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه. قال وجناية المرتهن
عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك
المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه. قال وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما
هدر وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس
ما يوجب المال اما الوفاقية فجناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه
بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى
يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت. ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت
على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن
ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على
حاله. وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه
فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه. وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق
اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة
فان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه
جناية العبد الوديعة على المستودع. وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار
كالمضمون. وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة
فصار كالجناية على الاجنبي. ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت

قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه
ولا يرجع على الراهن بشيء. واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا
خلافا لزفر رح. وهو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين. ولنا ان نقصان السعر
عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار به ولا في الغصب حتى
لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد استيفاء
واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة
لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه
بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان
المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على
الراهن بشيء لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر. وقيمته كانت
في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة
لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلكت يصير مستوفيا التسعمائة
بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا
وان كان الراهن امره ببيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه يرجع بتسعمائة لانه لما باعه
باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى
الدين الا بقدر ما استوفى. وكذا هذا. وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه الراهن
بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين
وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله. وقال زفر رح يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن
يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره. و
لاصحابنا على زفر رح ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر
لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذا اذا قام المدفوع مقامه. ومحمد رح في الخيار ان المرهون
تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد
الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا. ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام
العبد الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه
بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه

حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأنه تملك بأداء الضمان مشروع ولو كان العبد
تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا
الخلاف وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع
لأنه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء
من الفداء لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها ولو أبى المرتهن أن يفدي
قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية لأن الملك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء
لقيام حقه فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع
والفداء فإن اختار الدفع سقط الدين لأنه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك
وكذلك إن فدى لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد
الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء
وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته
فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وإن أبى قيل للراهن
بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه فإذا أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء
وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لأن دين العبد مقدم على دين
المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فإن فضل شيء ودين غريم العبد
مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لأن الرقبة استحقت
بمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك وإن كان دين العبد أقل من دين المرتهن سقط
من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم إن كان
دين المرتهن قد حل أخذه به لأنه من جنس حقه وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل وإن كان
ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد لأن الحق
في دين الاستهلاك متعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق ثم إذا أدى بعده
لا يرجع على أحد لأنه وجب عليه بفعله وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد
جنى العبد قيل لهما افدياه لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على
المرتهن وفي الأمانة على الراهن وإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع
لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وإنما منه الرضا فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راضيا

كان أو مرتهنا

كان أو مرتهنا أما المرتهن فليس له في الفداء إبطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن
إبطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك وإن كان
المالك يختار الدفع لأنه إلا لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر
على الراهن فكان له أن يفدي وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره
ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن لأنه يمكنه أن يختار
فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متطوعا وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رح أنه لا يرجع
مع الحضور وسنبين القولين إن شاء الله تعالى ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على
المرتهن نصف الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء
متطوعا ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وإن كان أقل سقط
من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لأن الفداء في النصف كان عليه فإذا
أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى
العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وإن كان غائبا لم يكن متطوعا
وهذا قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لأنه
فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداه
المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح
المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن
وقضى الدين لأن الوصي قائم مقامه ولو كان الموصي حيا بنفسه له ولاية البيع بإذن المرتهن
فكذا الوصي وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه لأن القاضي نصب ناظرا لحقوق
المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله
من غيره وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين
أن يردوه لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي فإن قضى
دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر
جاز الرهن اعتبارا بالإيفاء الحقيقي ويبيع في دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده و
إذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء وهو يملكه قال رحمه الله وفي رهن
الوصي تفصيلات نذكرها في الوصايا إن شاء الله تعالى **فصل** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته

عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا
للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان
من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف
المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار
يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه
بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان
البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا
ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو
مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له
والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل
لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه
الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن
يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقيت الى وقته والتبع يقابله شيء
اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما
اصاب النماء افتكه الراهن به لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في
كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن
للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك
اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر فلا يسقط شيء
من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على
قيمة اللبن الذي شربه وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن
من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار
كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد
الشاة اذا اذن الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس ويجوز
الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بهما وقال
ابو يوسف رح تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن

والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية
الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما
كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس
ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن
توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة
من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا
صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض
وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول
يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاول ثلثا الدين
اعتبارا لقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض
فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد
عبدا وقيمة كل واحد منهما الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد
الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على
قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان
الزيادة دخلت على الام فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته
الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله
مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان
الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا
بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض
لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر
جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة
في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل
وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة

عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود
ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا
اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت
والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك
بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين
بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى
الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط
الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم
الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء
الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين
لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت
الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل
ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل
وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق
على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب
والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بالسلاح او ما اجري مجرى السلاح
كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف
عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة
وعليه انعقد اجماع الامة والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية
الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر
عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان
الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رحمه الله

الا ان له حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز
بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد
شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة
ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا
وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتعين بعدم
قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب
لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة
محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع
لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال
وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف
ومحمد وهو قول الشافعي رحمهم الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه
بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقصد بها غيره
كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل
كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على
غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد
كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد
في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة اعتبارا بالخطاء
وتجب في ثلث سنين لتعقيبه عن العمد وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به
حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله
انكر معرفة شبه العمد والحجة عليه ما اسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي
شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي
غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة
مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني
في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة

في التثبت في حال الرمي لأن شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لأن فيه
اثماً فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا تعمد للضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب
موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل
الواحد **قال** وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع
وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على
العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية ولا كفارة فيه
ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رحمه الله يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلاً
ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو وإن كان
يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما
يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها
لا يختص بآلة دون آلة والله أعلم **باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب** **قال**
القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً أما العمدية فلما بينا وأما حقن
الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الإباحة ويتحقق المساواة **قال** ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد
للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة
هذه المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك
والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يتساويان وبخلاف العبد حيث
يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو
بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص
بالذكر فلا ينفي ما عداه **قال** والمسلم بالذمي خلافاً للشافعي رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه
لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قتل مسلماً
بذمي ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن
بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة ولا يقتل المسلم بالمستأمن
لأنه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح ويقتل الرجل
بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار

التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني **قال** ولا يقتل الرجل بابنه
لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحاً
ولأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء
مقاتلاً أو زانياً وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث والجد من قبل الرجال أو النساء
وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا
ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لأنه
لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزى
قال ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط لحرمة الأبوة ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف وقال الشافعي
يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة
ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة
لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فتحز رقبته فيتحرز عنه كما في كسر العظم **قال** وإذا قتل المكاتب عمداً
وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا أرى في هذا
قصاصاً لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً وصار كمن قال
بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما
أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة
ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء
وله وارث غير المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين
في موته على نعت الحرية والرق بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار
وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات عبداً لا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا قتل
ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع
الراهن والمرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط
اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه **قال** وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل لأنه من الولاية على النفس
شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح وله أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه ثم فيه إبطال
حقه وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه
ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف

فانه لم يستثن الا القتل وفي الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة
الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف
القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال
فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو
التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس
كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة
الاب في الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه ومن قتل وله
اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك
الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل
ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين
وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد
كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة
قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه
وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بيناه من قبل
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة
وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه
خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما بيناه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة
له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ
العمد ويروى شبه العمد الحديث ولانه فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب
او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود
فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه
وهو قول الشافعي غير ان عنده يقتص في جرابه بغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام
من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مرد في العصمة وله قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل

ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه
يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلم ولا مماثلة بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر
وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول
على السياسة وقد اومأت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة
وقد ذكرناه واختلف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش
حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى
الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة
لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية
على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله
عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب
لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه
وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد
والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم
عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه
وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما ذكرناه في كتاب التجنيس والمزيد
فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة
اجناس فكأن النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه
ثلث الدية

فصل

ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام
من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه ولانه باغ فيسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا
لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين
ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر
على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه
عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير
وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر
في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل

إن يكون مثل السلاح عندهما قال وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه
الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة. وعن أبي يوسف رحمه الله
أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون. للشافعي أنه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ
الشاهر ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره. ولأبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا
حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققا يجب عليهما الضمان. وكذا
عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة
ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا
وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح. ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل
منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو
دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى
القاتل القصاص معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف
فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه
لقوله عليه السلام قاتل دون مالك. ولأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا
في الانتهاء وتأويله إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل. والله تعالى أعلم

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده
وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل
ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا. وقد أمكن في القطع من المفصل فيعتبر
ولا معتبر بصغر اليد وكبرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن
الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه
لامتناع المماثلة في القلع وإن كانت قائمة وذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة
على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب
ضوؤها وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وإن كان
سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة
تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة

في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد
ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس
شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة والقتل هو الذي يختلف
باختلافها دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة
فلم يبق إلا العمد والخطأ. ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس
ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك إلا
في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها
ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت
في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت
في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الأنفس لأن المتلف
إزهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم
والكافر للتساوي بينهما في الأرش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد
أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه
إذ الأول كسر العظم ولا ضابط في الثاني وكذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى
الهلاك ظاهرا قال وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء
أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها
وإن شاء أخذ الأرش كاملا لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز
بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد
الإتلاف. ثم إذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء
مكان الجيد ولو سقطت المؤوفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له
عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته
بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه
أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت
الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء
اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء. وإن شاء أخذ الأرش

لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين
قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج
فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا
للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه
ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في
الذكر وعن ابي يوسف رح انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم
كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره
بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن
اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار
المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا
كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله
عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو
الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على
احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه
نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا او مؤجلا فهو حال
لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت
بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما
على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا
احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم
نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا
لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون
السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي
من دية زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات

احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية
تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح واذا
ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين
وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل
والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا
لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله
ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رح يجب في سنتين فيما
اذا كان بين شريكين وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت
يده خطاء ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذا
بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله
لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه
فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص
مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء
المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط
حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان
اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم وقيل يقرع بينهم
فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه
قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا
ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن
كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق الروح
فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق
الاحياء وقد حصل بقتله واكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط
القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف
الشافعي اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص

على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا
سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها
فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض
اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجز فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة
بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع على قطع اليدين
للمفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف
الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان
ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على
التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها
الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة
لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي لا يظهر الا في حق
الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت
في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر
واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه
وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية
لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر
لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه
لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حكم الدم عملا بالآدمية
حتى لا يجوز اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن
فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول
والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد
فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر **فصل** قال ومن قطع يد رجل
خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده
خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ

بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في
الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع
فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين
وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين
يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا
قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين و
عدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين
لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل
والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى
لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع و
سرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل
النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل
وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان
اما القتل والقطع قصاصا يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين و
مات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت
معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها
اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكومة عدل وعن محمد رح انه تجب اجرة
الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب حكومة العدل لبقاء
الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده
عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفى عن القطع وما يحدث منه
او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث
وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا قول ابي حنيفة رح وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو
عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات له
ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه

عفواً عن حد موجبيه ايهما كان، ولانّ اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو
عن القطع عفواً عن نوعيه وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصر
كذا هذا، وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوّم والعفو لم يتناول
بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبيّن ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن
نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في
الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود، ولا نسلم
ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا انه
لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس
وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل
ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً اذ هو بذلك
اطلقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمداً فهو من جميع المال لان موجب
العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه
اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث، واذا قطعت المرأة
يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ، و
ان كان عمداً ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفواً عما يحدث
عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجاً على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمداً يكون
هذا تزوجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير
السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو
على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة، واذا سرى
تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد، والقياس
ان يجب القصاص على ما بيناه، واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة اذا كانا
على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة ولو كان في المهر فضل ترده الورثة
عليها، واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على الارش في اليد واذا سرى الى
النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمّى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما
في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها

قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد
فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار
كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي
بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلاً كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالاً فانه يسقط
اصلاً، وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها، ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا
تزوج على الدية وهي تصلح مهراً الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت
والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه
الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من
الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه، وقالا كذلك الجواب فيما اذا تزوجها
على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منها عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين، ومن قطعت
يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد
وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا
استوفى طرف من عليه، وعن ابي يوسف رحمه الله انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على
القطع فقد ابرأه عما وراءه، ونحن نقول انما اقدم على القطع ظناً منه ان حقه فيه وبعد السراية
تبين انه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به، ومن قتل وليه عمداً فقطع يد قاتله
ثم عفى وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة، وقالا لا شيء
عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا
لو لم يعف لا يضمنه، وكذا اذا سرى وما برئ او ما عفى وما سرى او قطع ثم حز رقبته
قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له القصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفى لا يضمن
الاصابع، وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة، وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعاً واذا سقط وجب المال
وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه وملك القصاص
في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لانه تصرف فيه
واما قبل ذلك فلا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء، واما اذا لم يعف

قوله ولهم اي للعاقلة ثلث ما ترك لانه اذا زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية عناية

قوله فاتفق جوابهما في الفصلين [illegible] عناية

قوله ومن قطعت يده [illegible] الدية على العاقلة للمقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه [illegible] عناية

وما يسري قلنا إنما يتبين كونه قطعاً بعد البرء حتى لو قطع وما عفى ثم برأ القطع أنه [?]
على الخلاف. وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف
هو الصحيح. والأصابع وإن كانت تابعة قياماً والكف تابعة لها عرضاً بخلاف الطرف
لأنها تابعة للنفس من كل وجه. ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى
إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن لأنه استوفى حقه وهو
القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية
ليس في وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد. وله أنه قتل بغير حق
لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلاً ولهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً ولأنه جرح
أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهة
فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقلداً كالإمام
أو عقداً كما في غيره منها والواجب لا يتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي وفيما نحن فيه
لا التزام ولا وجوب إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد
والله أعلم.

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب
فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يعيد وإن كان خطأ لم يعدها بالإجماع وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر.
لهما في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون
الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت ولهذا
يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين. وله أن
القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا ترى أنه يثبت بعد الموت والميت ليس
أهلاً بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق
بها صيد بعد موته فإنه يملكه. وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً
عن الباقين فتعاد البينة بعد حضوره. وإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفى
فالشاهد خصم ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال و
لا يمكنه إثباته إلا بإثبات العفو على الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب. وكذلك
عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بينا وإن كان الأولياء ثلاثة

فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفى فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لأنهما يشهدان
بجرّ إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالاً. فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً
معناه إذا صدقهما وحده لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره إلا أنه
يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ولا يغرم نصيبه. وإن كذبهما فلا شيء
لهما وللآخر ثلث الدية. معناه إذا كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضاً وهذا لأنهما
أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا
بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء
العفو منهما في حق المشهود عليه لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه
وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين
وهذا استحسان والقياس أن لا يلزمه شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت
لإنكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه. وجه الاستحسان أن القاتل
بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو
على الغائب وانقلب نصيبه مالاً والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما
انقلب مالاً فصار مقراً لهما بما أقر به القاتل له فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر
لرجل بألف درهم فقال المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الألف
لفلان كذا هذا. قال وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه
القود إذا كان عمداً لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص
على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب
إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه
بشيء جارح. قال وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلدان أو في الذي كان به
القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل
في زمان أو في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول
شبه عمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد. وكذا إذا قال أحدهما
قتله بعصا وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد
قال وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً والقياس

أن لا يقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فيجهل المشهود به ووجه الاستحسان
أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولأنه يحمل
إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه أو يحمل على كذبهم في نفي العلم نظرا إلى
ما ورد باطلاقه في إصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك
ويجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة قال وإذا أقر رجلان كل واحد
منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما جميعا وإن شهدوا على رجل
أنه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله
والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص
وقد حصل التكذيب في الأول من المقر له والمشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض
ما أقر به لا يبطل إقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته
أصلا لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي إليه والعياذ بالله
ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوم
نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب
بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي إليه فيها متقوم ولهذا
يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد
الجرح قبل الموت والقتل وإن كان عمدا فالقود سقط للشبهة فوجبت الدية ولو رمى إليه وهو
مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا إذا رمى حربيا فأسلم لأن الرمي
ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال
وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد
عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة لأن العتق قاطع للسراية
وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب
ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته
بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء
لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر

في المحل وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته
للمولى وقد فرغنا من كونه تخالفا في وجوب القيمة نظرا إلى حالة الإصابة على ما حققناه
قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لأن
المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها وإذا رمى المجوسي صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد
لم يؤكل وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل لأن المعتبر حالة الرمي في حق الحل و
الحرمة إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت
الرمية بالصيد فعليه الجزاء وإن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب
بالتعدي وهو رميه في حالة الإحرام وفي الأول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل
وقد بيناه في أول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة
الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به
نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولأنه جعل المذكور كل الواجب للفاء أو لكونه كل المذكور
على ما عرف ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به والظاهر سلامة أطرافه ولا يجزيه
ما في البطن لأنه لم تعرف حياته وسلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه
ودية شبه العمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض
وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد
والشافعي رحمهما الله ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات
في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها ولأن دية شبه العمد أغلظ
وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الإبل وما رواه
غير ثابت لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه
قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ
إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه فإن قضى بالدية في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا
قال وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بيناه من قبل
قال والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون

وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رض
وبه اخذنا والشافعي رح لرواية ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا
على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطي معذور
غير ان عند الشافعي رح تقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه
قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق
اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن
عمر رض ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى انه
قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا
من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة
ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رض هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير
انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان
والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح
على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول
الكل فلا يتحقق الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل
وقد ورد بهذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي
رحمه الله ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رض والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف
في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم
والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية
المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم
لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي
ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية
المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار
وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف رواته ولم يذكر في
كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية
وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام
قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله
عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال
او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق
بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كلها
في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال
على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع
القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة
وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت
الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم الدية على عدد الحروف وقيل
هو على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها
تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان
الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد و
استمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا
في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال
وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه
ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان لكل واحد منها منفعة
مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل
والكلام والسمع والبصر وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة
الجمال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك رح وهو قول الشافعي رح تجب فيهما
حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها
في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا
ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين
وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر

والشارب لأنه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب كمال القيمة والتخريج على
الظاهر أن المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب
حكومة عدل هو الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها ولحية الكوسج إن كان على ذقنه
شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه وإن كان أكثر من ذلك
وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال وإن كان
متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبت
حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل
وإن نبت أبيض فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالا وفي العبد يجب
حكومة عدل لأنه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل في الحر أيضا لأنه في غير أوانه
يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي أحدهما
نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام في اللحية
قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي
الأذنين الدية وفي الأنثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم
وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء
تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت أحدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي أحدهما نصف
دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة
والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن وفي إحداهما
نصفها لما بينا وفي أشفار العينين الدية وفي أحدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الأهداب
مجازا كما ذكره محمد رحمه الله في الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في المنبت وهذا لأنه
يتعلق به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع
بالهدب وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة
منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا قال ولو قطع
الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد فصار كالمارن مع القصبة

قوله هو الأصح احتراز عما قال بعضهم إنه يجب كمال الدية لأنه عضو مقصود ويفوت به الجمال ح

قال وفي كل إصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل
إصبع عشر من الإبل ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر
فتنقسم عليها قال والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر
الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه تفوت بقطع كلها منفعة المشي
فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا قال وفي كل إصبع فيها
ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الإصبع
وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع قال وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه السلام
في حديث أبي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق
ما روينا ولما روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة
سواء فلا يعتبر التفاوت كالأيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمدا ففيه
القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد
إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة
قال ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو أحدبه
لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم
والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم
والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق
وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه
والهاشمة وهي التي تهشم العظم أي تكسره والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة
وهي التي تصل إلى أم الرأس وهي التي فيها الدماغ قال ففي الموضحة القصاص إن كانت عمدا
لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لأنه
لا حد ينتهي السكين إليه ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة
وقال محمد رحمه الله في الأصل وهو ظاهر الرواية أنه يجب القصاص فيما قبل الموضحة كالسمحاق لأنه يمكن اعتبار
المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالبا فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ

حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون
الموضحة حكومة عدل لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره
بحكم العدل وهو مأثور عن إبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله تعالى قال وفي الموضحة
إن كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية
ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فإن نفذت فهما
جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم أن النبي عليه السلام قال
وفي الموضحة خمس من الإبل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى
المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر الصديق رضي الله عنه
أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية ولأنها إذا نفذت نزلت
منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة
ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة
وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا مروي عن أبي يوسف رح وهذا
اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي
تصل إلى الدماغ وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة
بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس
تسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق
واليد لا يكون لها أرش مقدر وإنما تجب حكومة عدل لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد
فيما يختص بهما ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة و
الشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما وأما اللحيان
فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر
وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه
لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص
بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح أنه
يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين
فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي

رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن
ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه فصل قال وفي أصابع اليد نصف الدية لأن في كل
أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس
منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية لقوله عليه السلام
وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها
وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو
رواية عن أبي يوسف رح وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن
الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على
تقدير الشرع ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع
فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعا للأصابع لأن بينهما
عضوا كاملا ولا إلى أن يكون تبعا للكف لأنه تابع ولا تبع للتبع قال وإن قطع الكف
من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان أصبعان فالخمس ولا شيء في الكف
وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل
في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ولا إلى إهدار أحدهما لأن
كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة ولأبي حنيفة رح أن الأصابع أصل والكف تبع حقيقة وشرعا
لأن البطش يقوم بها وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرا من الإبل والترجيح من حيث
الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة أصابع
يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكف بالإجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر
حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها وفي الأصبع الزائدة حكومة
عدل تشريفا للآدمي لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية
لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم يعرف صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح
تجب دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن ولنا أن المقصود من
هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح
حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال
وكذلك لو استهل الصبي لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام

وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد
والخطأ. قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات
العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر
حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة
كما اذا قطع اصبع يد رجل فشلت يده. وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منهما جناية فيما دون
النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا. وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه
ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في
دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر. وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس
والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا.
ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به. وفي الجامع الصغير ومن شج
رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما
وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين. قال واذا قطع اصبع رجل من المفصل
الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية
في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا
وينبغي ان تجب الدية في السن كله. ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة. لهما في الخلافية ان الفعل وقع في محلين فيكون جنايتين
مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره
فقتله يجب القود في الاول. وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري
فيجب المال. ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما
بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية
صاحبه. وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا. قال وان قطع اصبعا
فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله
يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها. والوجه من الجانبين قد ذكرناه. وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله
في المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة

كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد
على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص توجب القصاص كما لو آلت الى النفس
وقد وقع الاول ظلما. ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت
موجبة في نفسها والقود في التسبيب لا يكون بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية
مباشرة. قال ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه
موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين. قال ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى
سقط الارش في قول ابي حنيفة. وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة
مبتدأة من الله تعالى. وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع ولانه لم تفت عليه منفعة ولا زينة. وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل
لمكان الالم الحاصل. قال ولو قلع سن غيره وردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم
فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه
فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه. قال ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة
سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه
استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت
الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الا ان
في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول
ولم ينبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا
انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال. قال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستأنى حولا
ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة
فيمن فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه
موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا. وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول
للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر وكان القول للمنكر
ولو لم تسقط لا شيء على الضارب. وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين
بعد هذا ان شاء الله تعالى. ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد

في حاله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر فيه روايتان قال ومن شج رجلا
فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين
الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال
فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجر
الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان
المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب
فاما اذا لم يبق اثر الضرب فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل
خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب
واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء
قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا
بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى
في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم
فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء وكل عمد سقط القصاص فيه
بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب
بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في
البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح تجب حالا
لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه
ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل
فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم
التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة
ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي
في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته على غيره فلا يظهر

في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها
خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية
في ماله حالة لان العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه
حكم الآخر ولهذا وجبت في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله
لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون
على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق
التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم
تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر
العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا
من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف
عشر الدية معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة
درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة
درهم ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك و
الشافعي رحمهما الله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رح في ماله لانه بدل
الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام
دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل
ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون
ميراثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل
على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث
الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة
لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية
لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا
ولان في الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد

وترضيانه قال فإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية الكاملة لأنه أتلف حيا بالضرب السابق
وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أن النبي عليه السلام
قضى في هذا بالدية والغرة وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات
فعليه دية في الأم ودية في الجنين لأنه قاتل شخصين وإن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه
دية في الأم ولا شيء في الجنين وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار
كما إذا ألقته ميتا وهي حية ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه
بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته
ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث
منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا
نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء
من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف
لا يجب إلا عند ظهور النقصان في الأصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها
وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في
قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فصح الاعتبار على أصله قال فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها
ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق
وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لأنه بالضرب صار قاتلا
إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين
كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى
ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب الكفارة لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا
أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل
قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع
والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا
ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأن
بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم **باب ما يحدث الرجل في الطريق** قال ومن
أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه لأن

كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فإن لكل واحد
حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر
بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه إذ المانع متعنت فإذا أضر بالمسلمين
كره لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ
أن يشرع كنيفا أو ميزابا إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز
التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر
الوصول إلى إذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع
ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال وإذا أشرع في
الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته لأنه متسبب لتلفه
متعد بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل وكذا إذا سقط شيء مما ذكرنا
في أول الباب وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة وإن عثر بذلك رجل فوقع
على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما لأنه يصير كالدافع إياه عليه وإن سقط الميزاب نظر
فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه وإن أصابه
ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه
في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم
ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه
يضمن النصف اعتبارا للأحوال ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا
فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها
إنسان فالضمان على البائع لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق
جمرا فأحرق شيئا يضمنه لأنه متعد فيه ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لم يضمنه
لنسخ الريح فعله وقيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليه
فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا
قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما إلى رب
الدار وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم
فعلهم إليه فاقتصر عليهم وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لأنه صح الاستئجار

حتى يستحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه
قال وإذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة وكذا إذا رش الماء أو توضأ لأنه
متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو
قعد أو [illegible] من أحجاره [illegible] ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار
المشتركة قالوا هذا إذا رش الماء كثيرا بحيث يزلق به عادة أما إذا رش ماء قليلا كما هو
المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن
الراش لأنه صاحب علة وقيل هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعا للمرور لا أثر
للماء فيه [illegible] على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وإن
رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر إلى المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
في أخذها جميعه أو بعضه ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر
وإذا استأجر أجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان
على الآمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر
قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته
وإن تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل
النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق
بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان
حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث شيئا فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق
حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به إنسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا
فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه لأن حكم فعله قد انتسخ
لفراغ ما شغله وإنما اشتغل بفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة
يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن لأنه غير متعد
حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة وإن كان بغير أمره فهو متعد إما بالتصرف
في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب
على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف و
كذا إن حفره في ملكه لم يضمن لأنه غير متعد وكذا إذا حفره في فناء داره لأن له ذلك

لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه
لأنه غير متعد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه
يضمنه لأنه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما
لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رح لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر والضمان إنما يجب إذا مات من
الوقوع وقال أبو يوسف إن مات جوعا فكذلك وإن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب
للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لأنه إنما
حدث بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال وإن استأجر أجراء
فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير
فنائه لأن الإجارة صحت ظاهرا إذ لم يعلموا بفساده فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين
وصار كما إذا أمر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهرت الشاة لغيره إلا أن هناك
يضمن المأمور ويرجع على الآمر لأن الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة
فيضمن المأمور ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد
منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه وإن علموا ذلك
فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا إليهم
وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه إنسان فالضمان
على الأجراء قياسا لأنهم علموا الفساد فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على
المستأجر لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من
إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب فيه وبناء الدكان فكان الأمر
بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل إليه قال ومن جعل قنطرة
بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك
إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لأن الأول تعد هو تسبيب
والثاني تعد هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى ولأن تخلل فعل فاعل
مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على
إنسان فعطب به فهو ضامن وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء قد لبسه
فسقط فعطب به إنسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق أن

حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه
فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة
فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا
أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة
ضمن قالوا هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لأن هذه من القرب وكل واحد
مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد ولأبي حنيفة
وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي
وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهل المسجد فكان فعلهم مباحا
مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا
تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال وإن جلس فيه
رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة وإن كان في غير الصلاة ضمن وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو
للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث
فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق
لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان
الجلوس مباحا لأنه من ضرورات الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث
فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة وله أن المسجد بني للصلاة وهذه الأشياء ملحقة بها
فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا
مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا إليه وهو مقيد بشرط
السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطئ غيره
والنوم فيه إذا انقلب على غيره وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به إنسان
ينبغي أن لا يضمن لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد
من المسلمين أن يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين
فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به
من نفس أو مال والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه

لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الإشهاد وجه الاستحسان
أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فإذا تقدم إليه وطولب
بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعديا بالامتناع
عن التسليم إذا طولب به حتى يضمن إذا هلك في يده كذا هذا بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك
الثوب قبل الطلب ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على
أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا
الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة
لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله
والإجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لأن العواقل
لا تعقل المال والشرط التقدم إليه وطلب النقض منه دون الإشهاد وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن
الأمر من إثباته عند الإنكار فكان من باب الاحتياط وصورة الإشهاد أن يقول الرجل
اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط
لانعدام التعدي قال ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد
لأن البناء تعد ابتداء كما في إشراع الجناح قال وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم
لأن هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من
إمكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لأن الناس كلهم شركاء
في المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا ويصح التقدم إليه
عند السلطان أو غيره لأنه مطالبة إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص وإن كان فيها سكان
لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب
الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن
الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة
المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري
برئ من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراع الجناح
لأنه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لأنه
لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به

والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح
التقدم اليه كالمستاجر والمرتهن والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته
على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية
وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له
والى العبد التاجر سواء كان عليه الدين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط
ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى
وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه
وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد عليه فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب
لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه
اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع
الشغل وان عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ
اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها ولو كان الحائط بين خمسة رجال
اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على العاقلة وان كانت دار
بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلث الدية
على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما
ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم
نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة
وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة
فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك
بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان
عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت
او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق
المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين
ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه
من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن
فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب
ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن
النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف
وشغل الطريق به فيضمنه قال فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت
غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن
لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه
ينفك عن السير عادة والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف فاذا راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير وكذا اذا
اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك
فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات
السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن
لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة
هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله ووجهه ان النفحة بمرأى
عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ
ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه
بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رح
يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام الرجل جبار
معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب
وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما
شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه
كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما
ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له

فإن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا
الراكب في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالإيطاء في حق
الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب
وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب
والإضافة إلى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال وإذا اصطدم فارسان
فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما
نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه
بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد
منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما
النصف فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي
في الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء
من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب
على غيره ويروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا
بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين
في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا
وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد
منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ
تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول
في الدية فيما زاد على القيمة لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان
الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم
الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد
وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا
قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن
وكذا على هذا سائر أدواتها كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه متعد في هذا التسبيب
لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد

في العادة ولأنه قاصد لحفظه بمنع الأشياء كالحامل للحمل على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل
فتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية
على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه
والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان
معه سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السائق
في جانب من الإبل أما إذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين
يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وإن ربط
رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة
القطار عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل
الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما
في الابتداء وكل واحد منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف
بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار تسير لأنه أمر بالقود دلالة وإذا لم يعلم به
لا يمكنه التحرز من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد
لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن أرسل بهيمة وكان لها
سائقا فأصابت في فورها يضمنه لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق قال ولو أرسل طيرا وساقه
فأصاب في فوره لم يضمن والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق
فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله إلى صيد
ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة
عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف
إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن أبي يوسف
أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا لأموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط إذا أرسل
دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير
على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر
سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت
فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصوده

المرسل فيخرج عن حكم الارسال ومع تحقق ما ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه
مرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال
للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قال ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا
على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت
الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار
قال محمد رح هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته
شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين
بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رح
فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع
القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة
والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما
يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب
الربع بفوات احديها قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا
او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف
فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد
فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب
والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا
لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد
في تسببه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان
ذلك على الناخس دون الراكب لما بينا والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن
ابي يوسف رح انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء
الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك
بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق

فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر قال ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن
الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة
مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه
يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة
للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفره
غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط وهو علة اخرى دون علة
الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره وقيل
لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا
يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون
على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى يضمن
لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق
مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا
الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها
فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا
فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في
الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق
فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته
في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة
مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف
لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد
ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان
الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استئصاله والاجحاف به
اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد
يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون

فيما بينهم فلا عاقلة له فتجب في رقبته صيانة للدم عن الهدر ويخف عن الجناية على الكمال لأن العبد ليس
من أهل القبول إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد فأثبت الخيرة في حقه
كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط بموت العبد
لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني
الحر لأن الواجب لا يتحول إلى ورثته لأنه مستحق كالعبد في صدقة الفطر قال فإن دفعه ملكه
ولي الجناية وإن فداه فداه بأرشها وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلأن التأجيل
في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عينه وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد
في الشرع وإن كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا
كالمبدل وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره أما الدفع فلأن حقه متعلق به
فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا أوفاه
حقه سلم العبد له فإن لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه
على ما بيناه وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة
المولى قال فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الأولى معناه بعد الفداء
لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وإن جنى جنايتين
قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل
واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك
المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما
على قدر أرش جنايتيهما وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه
فداه بجميع أروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا لأن أرش العين
على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع
إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي
الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى
الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة
عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته و
من أرشها وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش لأن في الأول فوت حقه فيضمن

وحقه في أقلهما ولا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا
لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين
البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به
بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع
إليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قال المقر وهو الحجة كذلك على البيع وأخواته
لأنه ملكه في الحال فيجب دفعه إلى المقر له وقوله ثم يجب البيع وإطلاق الكتاب
ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار
للمشتري لأنه يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه وكذا العرض على
البيع لأن الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به
بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا
ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير
عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاقه
فيما ذكرناه لأن فعل المأمور مضاف إليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالما
بالجناية لأنه حبس جزءا منه وكذا إذا كانت بكرا فوطئها وإن لم يكن معلقا لما قلنا
بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص
من غير إعلاق وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط
ولا يصير مختارا بالإجارة والرهن في الأظهر وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين
لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله
لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده إن قتلت فلانا أو رميته
أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لأن
وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى
أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط
وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى
أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول

وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرضت حتى طلقت ومات من ذلك
المرض لا تصير فارّة لانه [illegible] متعلق بفعله وعجز المرض [illegible] لانه [illegible] او
عتق [illegible] حكم الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه لانه اثر فعله فصار كانه اختيار قال
واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد
صلح بالجناية وان لم يعتقه رده على الاولياء فقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا
وجه ذلك [illegible] اذا لم يعتقه [illegible] تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان
عن المال لان اطراف العبد [illegible] العمد [illegible] وبين الحر فاذا سرى تبين ان المال
غير واجب [illegible] الاجنبي العبد [illegible] الصلح [illegible] بطل الصلح لبطلان المورث
الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه [illegible]
ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من يقدم
على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا بان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها و
لهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكونه عوضا عن القليل
يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم
يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى الاولياء والاولياء على خيرتهم
في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة
يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر
ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس و
حيث لم يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قيل ما ذكرها جواب الاستحسان فيكون الوضعان
جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق
كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة
فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال
فاذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرنا من قبل
قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه
قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون
بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين

ابقاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف
بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء
لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل
واحد منهما [illegible] فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها
ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان
الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف
الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجلين فزعم احدهما
ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لهما فلا شيء لهما لانه لما زعم ان مولاه
اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من
غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته
وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان
اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما
اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي
وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم
قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما
اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن
الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة
معهودة منافية للضمان كما في المسألة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقر
بيده حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليه وهي منكرة والقول للمنكر ولهذا يؤمر
بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره
فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك
اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن
يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء
والغلة لان وطء المولى الامة المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذه من غلتها وان كانت

مديونة لا يوجب الضمان عليه لحصول الإسناد إلى حالة معهودة منافية قال وإذا أمر العبد
المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه
سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان
بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي القاتل
على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لأن عدم الاعتبار لحق المولى
وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية قال وكذلك إن أمر عبدا
معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع والفداء
ولا رجوع له على الأول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه
غير مضطر في دفع الزيادة وهذا إذا كان القتل خطأ وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل
صغيرا لأن عمده خطأ أما إذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال
وإذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن
المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد
منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لأن حقهم في الرقبة
أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فإن كان قتل أحدهما
عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف
للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ لأنه لما انقلب العمد مالا كان
حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق
في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه
لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رح وقالا يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ
وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ
بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم أرباعا
وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا لأن الحق يتعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة
بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها
في الزيادات قال وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما أي قريبا لهما فعفا أحدهما
بطل الجميع عند أبي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية

وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة رحمهما الله فصل قال ومن قتل عبدا خطأ
فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر قضي له
بعشرة آلاف إلا عشرة وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت
ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع لهما
أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية ولو قتل العبد
المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة
وكالغصب ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة أوجبها مطلقا وهي اسم
للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية
أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة
المالية إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا
وإن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية
إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة
آلاف وتنقص منها في العبد إظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله
ابن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن
اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته وكل ما
يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر إذ هو بدل
الدم على ما قررناه وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها
لما قررنا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك
فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد رح لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه ويبطل
الفضل وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول للاشتباه من له الحق لأن القصاص يجب عند
الموت مستندا إلى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة
الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى
وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى

بجزء منه ارحل وبرقبته الآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى
الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه وتحقق زوال الخلافة وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة
سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة
بالولاء على اعتبار الاخرى فينزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر
بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق
قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم
متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف
السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح
حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون
العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار
حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه
اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له
فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص
في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا
لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد
في الفصل الثاني ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق
الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه
اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت
لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر
بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل
كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق
في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية
النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا

في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه
ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه
وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه
يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى
عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها
في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس
المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة
بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة
ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في
سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه
قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات
فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر
يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته
فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان يتملك
الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة
انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد
من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل
من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة
ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف
القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر
وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة
كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته
لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى

وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال
وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء
اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية
الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة
رحمه الله ان المولى جاني بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه
ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى
ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق
التضمين لابطال ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر
وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق
من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع
كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه شيء عتق او لم يعتق لان موجب
جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من
القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب
لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك
بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة
الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو سبب فيبرأ الغاصب
عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه
مؤاخذ بافعاله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير
مختارا الفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد
على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى
بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا
استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى

على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل
في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في
حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد
المالك فارغا يأخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق
من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية
اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول
لانه استحق النصف بالجناية الثانية اذا كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية
الاولى ولا يرجع به على الغاصب في هذا بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد قال ومن غصب عبدا
فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعند محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه
المولى نصفين ويرجع بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر
في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الفصل الاول يدفع القيمة قال
ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بالقيمة على الغاصب
لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لانه عند
وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لانه
استحق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية
لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف
كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية
الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما ههنا المسألة بخلافه لانه عوض عن
الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات
في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب
الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح لان الغصب في الحر لا يتحقق
الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى

ووجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله
الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل
مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة
العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا
تسبيبا. واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد
المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف
والشافعي رح يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل
الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على
ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما
حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة
تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام
غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هاهنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ
والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته
لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت
العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره. قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي
مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله تعالى اعلم

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه
ولا علمنا له قاتلا. وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم
بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ. وقال مالك رح يقضى بالقود اذا كانت الدعوى
في العمد وهو احد قولي الشافعي رح. واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر
يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه. وان لم يكن
الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم

وللشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب
على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه
ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية. ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
وروى ابن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل
بين اظهرهم ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة. وقوله يتخيرهم
الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا
لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا
في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة. قال واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي
وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها
ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين
الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة
وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين
والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا
بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل
بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف
لان اليمين فيه مستحقة لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان
اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي
ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد
او في الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انهم قتلوه عمدا او خطأ فكذلك
الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح في غير رواية
الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا
يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف
بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم فيما وراءه بقي على اصل القياس

وفي المبسوط اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم ففيه لا تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه
لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من
غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه
اذا كان له بينة فان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس يتكرر اليمين لعدم النص وامتناع القياس
ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف
قد مضى في كتاب الدعوى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي
ان عمر رض لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين
ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن
ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد
كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال
ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا
على امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها فان وجد ميت
لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب
يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال
القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون
به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا
بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج
عادة من غير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن
او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او
وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم
عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه
ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان
بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي
تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا
اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط

ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام
الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق
فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته
دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا
فعليهم الدية لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال واذا مرت دابة بين قريتين
وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع
وعن عمر رض انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين
قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث
يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال واذا وجد
القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم
قال ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا
لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك
الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي
عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون المشترين
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ
ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه
ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية
التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك
يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة
على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة
لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما
ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وان وجد القتيل

في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لأن صاحب القليل
يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة
قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان في البيع
خيار لأحدهما فعلى عاقلة الذي هي في يده وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إن لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة
المشتري وإن كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ
ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب
الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار
الملك كما في صدقة الفطر وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا ترى أنه يقتدر على الحفظ باليد
دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار
قبل القبض لأنه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو
كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ قال
ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة عنه واليد وإن كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة
فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة
قال وإن وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لأنها في أيديهم واللفظ
يشتمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك و
غير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن أبي يوسف رح ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول
فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل قال وإن وجد في مسجد محلة
فالقسامة على أهلها لأن التدبير فيه إليهم وإن وجد في المسجد الجامع والشارع الأعظم فلا قسامة
فيه والدية على بيت المال لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور العامة ومال بيت المال
لعامة المسلمين ولو وجد في السوق فإن كان مملوكا فعند أبي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك
وإن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لأنه لجماعة المسلمين ولو وجد
في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن لأنهم سكان
وولاية التدبير إليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود إليهم
فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان
بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد أما إذا كانت
فالدية والقسامة على عاقلته وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما وقد بيناه وإن وجد في وسط
الفرات يمر به الماء فهو هدر لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه وإن كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب
القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط و
الشط في يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر
الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهله به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال
وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس
والاستحسان قال وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وقد بيناه من قبل ووجه الفرق وهو أن وجوب
القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا
عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة
تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى
الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم فسقط لفقد شرطه قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا
عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على
رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال
ولا على أولئك حتى يقيموا البينة لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه إلا أنها تسقط
الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض
لا ملك لأحد فيها فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وإن كان خارجا
من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد
قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وإن لم يلقوا عدوا فعلى
ما بيناه وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة رح خلافا لأبي يوسف رح
وقد ذكرناه قال وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا
غير فلان لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لأنه لما أقر بالقتل
على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على
رجل من غيرهم أنه قتله لم تقبل شهادتهم وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا

خصماء وقد بطلت الخصومة بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة
اذا عزل قبل الخصومة. ولانهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا
من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد. قال رضي الله عنه وعلى هذين الاصلين
يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس. قال ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها
عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه. والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما.
وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم قد عرفوا
القاتل. قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات
فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة. وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي
حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش. وله ان الجرح
اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص. فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن
احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك. ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان
الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف. وفي قياس قول
ابي حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها. وقد ذكرنا وجهي
القولين فيما قبل من مسألة القبيلة. ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته
عند ابي حنيفة. وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل
كانه قتل نفسه فيكون هدرا. وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتيل ولهذا لا يدخل في الدية
من مات قبل ذلك وحال ظهور القتيل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا
في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فهدر دمه. ولو ان رجلين
كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه
يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان الآخر قتله فلا يضمنه بالشك. ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان
لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة. ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب. وقال ابو يوسف
القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت
الصبي. ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة. قال المتأخرون ان المرأة تدخل
مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة. ولو وجد رجل قتيلا
في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه
من اهل القرية.

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية
عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك. قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس
القتل على العاقلة. والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية. وقد ذكرناه في الديات.
والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه.
ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب
العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف. و
انما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته
فخصوا به. قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين
واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا. وقال الشافعي
الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة و
الاولى بها الاقارب. ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل
الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى
لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد. وفي عهد
عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى. ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله. والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو
صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم. والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه السلام
ومحكي عن عمر رضي الله عنه. ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة.
فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود. وتأويله اذا كانت
العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء
ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى. ولو خرج
للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا.
واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة. واذا كان الواجب بالعقل ثلث
دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما
زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة. وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل

الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل
للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا
فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء
بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي
المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من
اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلث سنين
لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رحمه الله كذا ذكره القدوري في مختصره
وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد على كل واحد من جميع
الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم
وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم
نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم
ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي
الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء
لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات
يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به
ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة
فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة
منها الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال فتنقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة
الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق
في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم
تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر
وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته
من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ
من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة
فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت

فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم وادخل القاتل
مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال
الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا
قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه
اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ
في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل
النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف
عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل
لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما
والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ولا يعقل اهل مصر عن
اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر
من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر
باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة
لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم
النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما
بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان
عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط
ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون
بنصرتهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا
لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب
بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة
المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون
من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم
وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته

بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار
ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين
من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى
العاقلة ان وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما
صاحبه يقضى بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل
ليس بنصرتهم والكافر لا يعقل عن المسلم والمسلم عن الكافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون
فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة
فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض
وهكذا عن ابي يوسف رح لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه
الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رح يقضي على
عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رح لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته
اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان
الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته و
اذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب
قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ
من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم
اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين
لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة
وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها
على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى
بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا
كان قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء
حيث يصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول
لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء
ايسر اذا صار واحدا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى عليه بان كان القضاء بالابل

والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك
من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك
قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به
فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في كتاب الولاء والله اعلم فصل
ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث
ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان
التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع
قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل
على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه
وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات
وما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني
اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا
ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه
لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم الولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا
الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت
القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة
لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء
وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في
حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته
قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده
ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك
الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا
ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص

من بعض بنيه وهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال
وعن محمد في رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل
متلف وانما ينتقل منه الى العاقلة تحملا تحقيقا للتخفيف على ما عرف واذا لم يكن له عاقلة
عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقل عنه عاقلة الام لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا
ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي
لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب
لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان
واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء
وله ولد حر مسلم فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند
الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب في آخر جزء من اجزاء حياته فيتبين
ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله وضمنت
عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان
باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة
بطريق التيسير قال رضي الله عنه وهنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان
يقال حال القاتل اذا تبدل احكاما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاول
قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع
القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت
القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه
يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية
قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما يرد عليه
من النظائر والاضداد

كتاب الوصايا باب صفة الوصية

ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال رضي الله عنه الوصية غير واجبة
وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى
حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها
فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط
من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه
الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد يبقى الملكية
بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق
عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم
او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح في الثلث للاجنبي من غير اجازة الورثة
لما رويناه وسنبين ما هو الافضل فيها ان شاء الله ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام
في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه والثلث والثلث كثير بعدما نفى وصيته بالكل والنصف
ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال
فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما
يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار
لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق
اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد
ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند
الاستغناء لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت
عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضاء
ببطلان الحق لا يكون رضاء ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه
البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا
وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع
وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا
بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية
كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل
الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلنا ولو اجازها الورثة جاز عند ابي حنيفة

وتجوز باجازتهم وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع
لحق الورثة لان نفع البطلان يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها لاحدهم
قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث
ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه
ويعتبر كونه وارثا وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت
بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض
للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى
هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض
يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر
للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة
ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير
الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية قال وقبول الوصية
بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت
لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة
اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء
تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء
ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة
على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقير والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية
اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى
وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال
والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما
خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا
لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة
يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسألة واحدة وهي ان يموت الموصي
ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا

ان الملك

ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات
دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط
بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا
يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته
اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية
يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره
ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولانه قول ملزم وفي تصحيحه قول بالزام قوله والاثر محمول
على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز
الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق
بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا
اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان
وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب
لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب
وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله لا تصح وعندهما تصح ردا لها
الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر عتق ثلثه والخلاف فيها معروف عرف
في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول
فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في
الوصية اذ هي اخته الا انه ترتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية
لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت
الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود
اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد
الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه
اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز

للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة
ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال وصرح
بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل
الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة
ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا
وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم
العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن
يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة و
لا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها
لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين
الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا
وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا
قال وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي
في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء
في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال
كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل
بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير
ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به
لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى
به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن
الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى
فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فتبقى للاول
ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى

بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل
بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد
عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق و
المحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما
اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما
كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلثة اسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر
وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما
وقال ابو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث
الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق
والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال
فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن
البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة
فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من
تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث
لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية
وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق
الورثة قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان
الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن
ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال
والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا
ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل
نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يذكر ويراد به احد
سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث
فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن

ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان
اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة
فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء
من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة
لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل
السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان
فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف متى اعيد يراد بالثاني
عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك
وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان
كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها
وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في
الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي
وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما
قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق
الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد
فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة
ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة
وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان
عند ابي حنيفة للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه بالفقه المذكور فيه
قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين
دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك
الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان
الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال

ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس
باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث
بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي
بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما
نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال
ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده
فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى
بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت
فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم
فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كان باسم نوعه
وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم
يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد
في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال
وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده
المالية ولو قال من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين
الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل
قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم
من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد انه يقسم على سبعة
اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين
جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك
في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما
ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر
صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث ولو اوصى بثلثه

لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين
ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرفه الا الى مسكينين بناء على ما بيناه
ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة
للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف
ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولاخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل
لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد منهما بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال
ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر
مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم
ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل
الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه
قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق
على الثلث دون الزيادة قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان
للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم
وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما
وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير
منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم
لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة
دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا
تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له
زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه
فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فيصح
في الاول ويبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح
مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى
للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي

لان الوصية

لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار
اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف
لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثباته بالوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض
الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث
حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء
وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب
ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل
واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء
وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو
الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون
ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان
يكون وسطا او رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين لانه اما
ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل
الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين
حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت منها
بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار
بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي
مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع
البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه
له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها
اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية
بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى
بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون

بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ
الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا
يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر
تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر
البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين
الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار
احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة
باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع
البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له
وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فتضرب
الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل
كل خمسة منها سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية
اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى
ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى
لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف
بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه اليه فهو جائز وله ان يمتنع لان هذا تبرع
بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم
بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها
ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوا سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي قال واذا
اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر
يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رح لان
اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف
وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده
بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه

ان الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه
لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير
نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي
ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد
تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك
الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكون للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب
بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك
من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة
درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي
ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد
منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال
كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام ولابي حنيفة ان الام اصل
والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض
الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل
بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض
ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت
قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او
وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم
بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان
في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب
عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة
فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين
المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه
نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما

انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده واما الاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن
سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراثه تهمة الايثار بخلاف ما تقدم
لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الاقرار وهي نصرانية
ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا
او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه
وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر
فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة
الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل
والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم
العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش
بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث
اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب
فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ
فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة
الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق
حق الورثة به وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه
يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا
بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا
فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء
تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند
ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا
اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض
على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة
في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي

في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي
وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك
يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق
اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو
لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث
بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق
لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين
العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق
اولى بكل حال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه
بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك
منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة
فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة
وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج
لانها قربة محضة وهي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك
بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق
حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق
العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال
ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز
الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية
وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد
اسقطوه ولهذا لا سعاية عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية
ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي
فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع

فإذا خرج بعض ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته فإن فداه الورثة
كان الفداء في مالهم لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء
كأنه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت
أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في صحته وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول
الوارث ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة
لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لأن العتق في الصحة ليس بوصية
ولهذا تنفذ من جميع المال والوارث ينكره لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق
في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولأن العتق
حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا
للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد
لأنه لا مزاحم له أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة
وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث أعتقني أبوك
في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة رح
وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث
في كلام واحد فصار كأنهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على
المعتق دين وله أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال والإقرار بالعتق في
المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الأدنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد
وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ولأن الدين أسبق لأنه
لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة لأن
الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل
وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال آخر كان لي عنده ألف درهم
وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

فصل

قال ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكوة و
الكفارات لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الأهم فإن تساوت في القوة
بدأ بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم وذكر الطحاوي أنه
يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رح وفي رواية عنه أنه يقدم
الحج وهو قول محمد رحمه الله وجه الأولى أنهما وإن استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق
العبد فكان أولى وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه
فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة إذ قد جاء فيهما
من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على
صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على
الأضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الأضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات
على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما إذا صرح بذلك
قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما أصاب القرب
صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة
لأنه إن كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد
وصايا الآدميين قال ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا
لأن الواجب عليه أن يحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لأداء
ما هو الواجب عليه وإنما قال راكبا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذي
وجب عليه قال فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه
لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ
الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من إبطالها رأسا
وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات
في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره
في الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع الطريق بقدره وقد وقع أجره
على الله فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه
من بلده وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس

لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه
الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق ووجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا
عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء
ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند
اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا
ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم
ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير
ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام
لما تزوج صفية اعتق كل من ملكه من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام
وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة
ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في
عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان
بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل
ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا
لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول
الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان
والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب
الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما
اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم
لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله
ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل
فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب
في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر
بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى اب في الاسلام

وعند الشافعي

وعند الشافعي رحمه الله الى الاب الادنى قال فاذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه
عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب
ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع
وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية
لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا
ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما
وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى
لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت
الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول
كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قوله تعالى واتوني باهلكم اجمعين
وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة
كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها
ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او
جنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه
لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو اوصى لايتام بني فلان
او العميان منهم او الزمنى او الارامل ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم وذكورهم
واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية
للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق
الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان
وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن
تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين
يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل
فيه الاناث في قول ابي حنيفة اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال
يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف
ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم

أو هو مجرد انتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه موالي العتاقة والموالاة وحلفاؤهم ومن أوصى
لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا
ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين لأنه لما نص على لفظ الورثة
آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه
فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه إن الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه
يوقف حتى يصطلحوا له أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة ولنا
أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد
في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه
مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه
وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية مضاف إلى حال الموت فلا بد
من تحقق الاسم قبله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد
قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان
له موال وأولاد الموالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة
وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله
يقول الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالاة عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له
أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم
ينسبون إليه بإعتاق وجد منه بخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم
مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيهم موالي أعتقهم ابنه لأنهم
ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه
بالولاء والله أعلم **باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة** قال ويجوز الوصية بخدمة عبده
وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك أبدا لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل
وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها
الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا
كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث لأنه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين

تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذلك الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ
حكمها والمعنى يشملهما فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه لأن
حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين
والموصى له يوما لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن
قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزى فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين بخلاف الوصية
بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع لأنه
يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم
أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لأن الحق لهم إلا أن الأول
هو الأعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف أن لهم ذلك
لأنه خالص ملكهم وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر له مال آخر
وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده والبيع يتضمن
إبطال ذلك فمنعوا عنه قال فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة لأن الموصي أوجب الحق للموصى له
ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير
مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لأن إيجابها تعلق بالموت
على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز
ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المطلوب والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو
دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان
في حق الورثة فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها و
لا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد
أو الدار وقال الشافعي له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل
وغير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية لأنه إباحة على أصله وليس بتمليك ولنا أن
الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالإعارة فإنها
تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل كذا هذا
وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل
والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع

انما يجوز في ضمن عقد غير لازم، ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها، اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز، وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر، واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم، ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى، ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء، فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار، ولو اوصى بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت، وله نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف، وفي هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها، لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه

صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان البيان الموصول والمفصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة، ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي يوجب ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى للثاني بالخاتم، بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستحقها الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق، بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص، ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها، وان قال له ثمرة بستانه ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش، وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل، والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا، اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى، اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد، ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ، وهذا بخلاف ما تقدم، والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع، اما الولد المعدوم واختاه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم

باب وصية الذمي

قال واذا صنع اليهو

او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة
والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح عندهما
ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة
فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله الولاية ذلك
فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية
عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رح ان هذه
قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم
الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا
لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين
الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملكه بان يصير محررا
خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فيبقى
ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لتعلق
حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه
وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما
هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة
اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه
ومنها اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف
اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون
قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم
الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها
اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او
يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم
لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة

لا في حقنا

لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه
معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب
الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر
وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة رح
وصاحبيه وفي المرتدة الاصح ان تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه
يقتل او يسلم واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع
الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي
لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان
لحقه لا لحق الورثة ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته
وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام
فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية
جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه
في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف انه لا يجوز
لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة
الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين
لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا
بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع
لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى
رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله
معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده
بخلاف الوكيل بشرى عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك
لانه حي قادر على التصرف بنفسه وان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه
التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من
تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره

من الوصي وسوآء علم الوصي بالموت او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا يجوز لأن الوصاية خلافة لاختصاصها بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة. اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنوب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشرى وقد حققناه طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب. وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لا يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي. ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها. وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور سيبطل وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه سيبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر. وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره. ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته. وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا يجوز عندهما وهو القياس. وقيل قول محمد رح مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة رح ومرة مع ابي يوسف رح. وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها

ولأن فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولأن الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع. ولأبي حنيفة رح انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى. ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين. ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له. ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى. وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما. ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته

بنكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف
ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي
عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه
لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه
يخاف موتهم جوعا وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شرى فاسدا
وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين
اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه
الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في
حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة
لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية
وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في
التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير
وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه
في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند
اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل
يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا
لانه لما افرد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند
الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر
اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت
عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه وصيان
متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت
منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر
ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة
انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه

مطلب المواضع التي تكون من باب الضرورة لا من باب الولاية

برأي المثنى

برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي فاوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت
الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في
حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة
اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال
والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء
اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته
فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي
ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه
فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة
عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرى
المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى
لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه
لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرى الموصي فلا يكون
الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ
عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض
التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال
المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع
الموصى له بثلث ما بقي لما بينا وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا
للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة
حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا
اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها
ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل
لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي
ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار

لما انه قبضه • ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له
غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية
ميراثا لورثته • والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب
الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة
سبيل • واذا باع الوصي من التركة عبدا بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم
مقام الموصي • ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا
اذا تولاه من قام مقامه • وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء
اما ههنا بخلافه • ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض
الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة
لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير
بغير رضاه فيجب عليه رده • قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل
وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة
وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف
القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ
يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا من لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة
قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر واذا قسم الوصي الميراث
فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له
ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه • واذا احتال الوصي بمال
اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى
لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه • ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن
الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد
بابه • والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش

عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم
النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش منهم
تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله • واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة
وكتاب الشراء على حدة لانه احوط • ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في الجملة من غير
تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب • ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان
وصي فلان لما بينا • وقيل لا بأس به لان الوصاية تعلم ظاهرا • وبيع الوصي على الكبير الغائب
جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه وكذا وصيه فيه وكان القياس
ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغائب الا انا استحسناه لما انه
حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه
ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة • وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في
الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا
الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا
وصيهم والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه
مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه • ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية
الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه • وهذا لان اختياره الوصي
مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة
الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم
وصي الاب في التصرف لما بينا والله اعلم **فصل في الشهادة** • واذا شهد الوصيان
ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما
قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة
وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما
فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك
الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما
باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت

لم تجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شهد الوارث الكبير
يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فخلت عن
التهمة ولابي حنيفة رح انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت
التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه
في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران
للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم
لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رح فيما ذكر
الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة
لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة
وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما
حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين
الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة
بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد
المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان
ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله
فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو
غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال
من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو
العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة
اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رح
وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان
للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس تدل على القوة
لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل
بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا
احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي
كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو
امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا
اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

قال الاصل في الخنثى المشكل ان
يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته
قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال
كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوتهن فان قام في صف النساء
فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد
الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة واحب الينا
ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك
سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب
ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعيد
اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او
امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عسى ان يكون انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط
فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا
اختتنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته
لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير
محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان
احرم وقد راهق قال ابو يوسف رح لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له
لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رح يلبس لباس المرأة لان ترك
لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن
حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شيء حتى
يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة
وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن

بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل وإن قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان
مشكلا لأنه دعوى تخالف قضية الدليل وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم
بحاله من غيره وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة لأن حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل
ولا يحضر إن كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى وإن سجي قبره فهو
أحب لأنه إن كان أنثى يقيم واجبا وإن كان ذكرا فالتسجية لا تضره وإذا مات فصلي
عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى
فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ويتقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع رجل
في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة ويجعل بينهما حاجز
من صعيد وإن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل وإن جعل على السرير نعش المرأة
فهو أحب إلي لاحتمال أنه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي يعني يكفن في خمسة
أثواب لأنه إن كان أنثى فقد أقيمت سنة وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك
ولو مات أبوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما على ثلاثة أسهم عند أبي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى
سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
أنثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة
وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لأن الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما
هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال
بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا فاحتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك
ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين وفي حال أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى
ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فتضعف ليزول الكسر
فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحاجة هنا إلى إثبات
المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأوجبنا المتيقن فصار كما
لأن المال لا يجب بالشك فصار هذا كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن
كذا هذا إلا أن يكون نصيب الأنثى أقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به

وههنا يكون الورثة زوجا وأما وأختا لأب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا
لأب وأم هي خنثى فلو قدرنا الأولى ذكرا فللزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أعصب
العصبتين وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقرب العصبتين

مسائل شتى

قال وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما
في هذا الكتاب فأومى برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز
ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لأن المجوز إنما هو العجز
وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الأصلي والعارضي كالوحشي المتوحش من الأهلي في حق
الذكاة والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك
في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارة معلومة قالوا هو
بمنزلة الأخرس ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت وأما الأخرس
فلا تفريط منه ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي فلا يتقايسان وفي الآبدة عرفناه
بالنص وإذا كان الأخرس يكتب كتابا أو يومي إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه
وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة
الخطاب ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة
بالكتابة إلى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الأخرس أظهر وألزم ثم الكتابة
على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا و
مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار وينوي فيه لأنه بمنزلة صريح
الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير
مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الإشارة فجعلت حجة في الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة
إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ
والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى ولأنها تندرئ بالشبهات
ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالإشارة في القذف لانعدام
القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه
شبهة ألا ترى أنه لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه

قوله بالوطء الحرام لاحتمال الوطء حالة الحيض حرام
أو وطء جارية مجوسية صح

معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يجتمع مع الشبهة كسائر الكفارات التي هي حق العبد اما
الحدود التي هي حق الله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تجتمع مع الشبهة لعدم
الحاجة • وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل
ان يكون الجواب هاهنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون بين القصاص وغيره فرق لانه يمكن الوصول
الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق • ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة
اللازمة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا
انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع هاهنا بينهما
وقال اشار او كتب انما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان
لم توجد في الاشارة • وفي الاشارة زيادة امر لم توجد في الكتابة لانه اقرب الى النطق من آثار
الاقلام فاستويا • وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه
ان آلة النطق قائمة • وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها
ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل
وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون زكية اولى
غير انه يتحرى لانه طريق يوصل الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة • وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري
فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة هاهنا لان الحال حالة الاختيار • ولنا ان الغلبة
تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة • الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم
والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب • وهذا لان
القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه
فسقط دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف
بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة
اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب
تم الهداية بعون الله
الملك الوهاب

تم الكتاب بعون الله وحسن توفيقه على يد العبد الضعيف الراجي رحمة ربه اللطيف
شيخ زاده سيد محمد بن شيخ ابرهيم بن محمد الاستانبولي موطنا الشمني مولدا القونوي
بمدينة شمني موقتا في وقت بعد الظهر يوم الاربعا وهو يوم الرابع من صفر الخير ٥
المنسلك سلك الشهور سنة ثمان وعشرين ومائة والف من الهجرة النبوية
عليه الصلوة اتمها والتحية اكملها اللهم بارك واغفر لي ولوالدي ولجميع المؤمنين
والمؤمنات والمسلمين والمسلمات الاحياء منهم والاموات برحمتك وفضلك
وكرمك يا ارحم الراحمين والحمد لله رب العالمين
وصلواته على سيدنا محمد وآله اجمعين
ورحم الله من ذكر كاتبه بالادعية
الصالحة بعد مطالعة هذا الكتاب
المبارك واستفادة
آمين يا رب
العالمين

حمدا لمن منه بدايتنا • ثم اليه نهايتنا
مصليا على الذي هو في • الكل والحال غايتنا
وبعد فان الله يسرنا • ما هو في الفقه كفايتنا
وهو كتاب من ادلته • ثبت في الشرع هدايتنا
فلاختتامه الذي وقع فيه • سالك الآمال غايتنا
فقلت مريدا ان اؤرخه • اتممنا بلطفه هدايتنا
١١٢٩